جامعة النّجاح الوطنية
كلية الدراسات العليا

عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه
دراسة مقارنة
بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري

إعداد
سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ

إشراف
د. غسان خالد

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النّجاح الوطنية في نابلس، فلسطين.
2006



عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه
دراسة مقارنة
بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري

إعداد
سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ

نوقشت هذه الأطروحة بتاريخ 2007/1/7، وأجيزت.

أعضاء اللجنة	التوقيع
1. د. غسان خالد / مشرفاً ورئيساً	....
2. د. أنور أبو عيشة / ممتحناً خارجياً	....
3. د. علي السرطاوي / ممتحناً داخلياً	....

الإهداء

إلى من اخفض لهما جناح الذل من الرحمة

إلى والديّ

الشكر والتقدير

بعد شكر العلي القدير على ما منّه علي من فضل, أتقدم بخالص الشكر والتقدير للدكتور غسان خالد رئيس قسم العلوم الإنسانية في كلية الدراسات العليا والاستاذ في كلية القانون في جامعة النجاح الوطنية والذي كان له الفضل الكبير في الأشراف على هذه الرسالة.

كما أتقدم بجزيل الشكر للدكتور أنور أبو عيشة والدكتور علي السرطاوي والذي كان لبصماتهم على هذه الرسالة فخر لي.

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة
الموضوع	**الصفحة**
الإهداء	ج
الشكر والتقدير	د
فهرس المحتويات	هـ
الملخص	ط
المقدمة	1
أهداف الدراسة	2
أهمية الدراسة	2
نطاق الدراسة	3
إشكالية الدراسة	3
الدراسات السابقة	4
منهجية الدراسة	4
الفصل التمهيدي	
المبحث الأول: تعريف الكفالة لغة واصطلاحاً	7
المطلب الأول: تعريف الكفالة لغة	7
المطلب الثاني: تعريف الكفالة إصطلاحاً	8
المبحث الثاني: خصائص عقد الكفالة	15
المبحث الثالث: أطراف عقد الكفالة	22
الفصل الأول: أنواع الكفالة وتمييزها عن النظم القانونية المشابهة	
المبحث الأول: أنواع الكفالة	30
المطلب الأول: أنواع الكفالة من حيث مصدر الالتزام بها	30
الفرع الأول: الكفالة الاتفاقية	30
الفرع الثاني: الكفالة القانونية	31
الفرع الثالث: الكفالة القضائية	34
الفرع الرابع: الأهمية العملية للتفرقة بين الكفالة الاتفاقية من جهة والكفالة القانونية والقضائية من جهة أخرى	36
المطلب الثاني: أنواع الكفالة حسب طبيعتها	38

الفرع الأول: الكفالة المدنية	39
الفرع الثاني: الكفالة التجارية	40
الفرع الثالث: الأهمية العملية للتفرقة بين الكفالة المدنية والكفالة التجارية	43
المبحث الثاني: تمييز الكفالة عن النظم القانونية المشابهة	49
المطلب الأول: الكفالة والتضامن والتضامم	49
المطلب الثاني: الكفالة والحوالة	56
المطلب الثالث: الكفالة والكفالة العينية والتأمينات العينية	59
المطلب الرابع: الكفالة والإنابة الناقصة	60
المطلب الخامس: الكفالة وتأمين الإعسار	61
المطلب السادس: الكفالة والوكيل بالعمولة الضامن	62
المطلب السابع: الكفالة والتعهد عن الغير	63
المطلب الثامن: الكفالة والفضولي	64
المطلب التاسع: الكفالة والضمان الناشيء عن تظهير الأوراق التجارية	64
الفصل الثاني: أركان عقد الكفالة	
المبحث الأول: الرضا	66
المطلب الأول: الرضا بين الكفيل والدائن	66
المطلب الثاني: الأهلية	72
الفرع الأول: أهلية الكفيل	72
الفرع الثاني: أهلية الدائن	74
الفرع الثالث: أهلية المدين	75
المطلب الثالث: إثبات عقد الكفالة وتفسيره	76
الفرع الأول: إثبات عقد الكفالة	76
الفرع الثاني: تفسير عقد الكفالة	79
المبحث الثاني: المحل	80
المطلب الأول: وجود الالتزام الأصلي أو إمكانية وجوده	80
الفرع الأول: كفالة الالتزام الشرطي	80
الفرع الثاني: كفالة الالتزام المستقبل	81
الفرع الثالث: كفالة الالتزام الطبيعي	83
المطلب الثاني: أن يكون الالتزام الأصلي صحيحاً ومشروعاً	85

86	الفرع الأول: إذا كان الالتزام الأصلي باطلاً مطلقاً
87	الفرع الثاني: إذا كان الالتزام الأصلي باطلاً بطلاناً نسبياً
89	المطلب الثالث: أن يكون الالتزام الأصلي معيناً
90	الفرع الأول: الكفالة المطلقة
91	الفرع الثاني: الكفالة المحددة
99	المبحث الثالث: السبب
99	المطلب الأول: إذا كان سبب الكفالة تبرع
99	المطلب الثاني: إذا كان سبب الكفالة معاوضة
	الفصل الثالث: النتائج المترتبة على عقد الكفالة المدنية
102	المبحث الأول: حقوق الدائن
102	المطلب الأول: حق المطالبة
106	المطلب الثاني: حق التنفيذ
108	المبحث الثاني: حقوق الكفيل
108	المطلب الأول: الدفوع الخاصة بالالتزام الأصلي أو بالتزام الكفيل
108	الفرع الأول: الدفوع الخاصة ببطلان الالتزام الأصلي أو بالتزام الكفيل
109	الفرع الثاني: الدفوع الخاصة بالبطلان النسبي لالتزام المدين أو الكفيل
110	الفرع الثالث: الدفوع الخاصة لانقضاء التزام المدين أو الكفيل
124	المطلب الثاني: الدفوع المنصوص عليها حكماً
124	الفرع الأول: الدفع بالمطالبة
126	الفرع الثاني: الدفع بالتجريد(التنفيذ)
137	الفرع الثالث: الدفع بالتقسيم
142	الفرع الرابع: الدفع ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئة من تأمينات
146	الفرع الخامس: الدفع بعدم اتخاذ الدائن إجراءات التنفيذ ضد المدين بعد إنذار الكفيل له بذلك
149	الفرع السادس: الدفع بعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين
150	المطلب الثالث: واجبات الدائن عند استيفاء دينه من الكفيل
151	الفرع الأول: الالتزام بتسليم المستندات
151	الفرع الثاني: الالتزام بنقل التأمينات

المبحث الثالث: نتائج تنفيذ عقد الكفالة	152
المطلب الأول: علاقة الكفيل بالمدين	152
الفرع الأول: الدعوى الشخصية	156
الفرع الثاني: دعوى الحلول	164
الفرع الثالث: مقارنة بين الدعوى الشخصية ودعوى الحلول	168
الفرع الرابع: رجوع الكفيل عند تعدد المدينين	169
المطلب الثاني: علاقة الكفيل بغيره من الكفلاء	172
الفرع الأول: علاقة الكفيل الشخصي بغيرة من الكفلاء الشخصيين	172
الفرع الثاني: رجوع الكفيل الشخصي على الكفيل العيني	175
الفرع الثالث: رجوع الكفيل الشخصي على حائز العقار	175
الخاتمة	177
التوصيات والاقتراحات	183
قائمة المصادر والمراجع	
أولاً: المصادر	191
ثانياً: المراجع	192
1- المراجع باللغة العربية	192
2- المراجع باللغة الإنجليزية	197
ثالثا: قرارات المحاكم	197
رابعاً: الدراسات والأبحاث	198
خامساً: المواقع الالكترونية	198
الملاحق	200
Abstract	b

عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه

دراسة مقارنة

بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري

إعداد

سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ

إشراف

د. غسان خالد

الملخص

يتناول هذا البحث عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه، دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري.

وبدأ الباحث البحث بتمهيد عرف فيه الكفالة وبين خصائصها وأطرافها وفق ما جاء به الفقه الإسلامي ومجلة الأحكام العدلية من جهة والقانون المدني المصري من جهة أخرى.

درس الباحث في الفصل الأول أنواع الكفالة: من حيث مصدر الالتزام بها وهي كفالة اتفاقية التي اكتفت بها مجلة الأحكام العدلية وقانونية وقضائية، وتناول فيه أيضاً الأهمية العملية للتفرقة بين الأنواع الثلاثة.

وتبين كذلك إن الكفالة تقسم إلى كفالة مدنية وتجارية من حيث طبيعتها, والأهمية العملية للتفرقة بين النوعين، بالقياس إلى التفرقة بين الأعمال المدنية والتجارية بشكل عام.

وتم كذالك تمييز الكفالة عن النظم القانونية المشابه لها في هذا الفصل، وتبين لنا أن مركز الكفيل التبعي هو ما يميزه عن الأحكام القانونية الأخرى.

ولأن الكفالة عقد كان لا بد من دراسة أركانه بالفصل الثاني، وهذه الأركان هي:

1. الرضا: وفيه رأيان، رأي يشترط إيجاب الكفيل وحده لانعقاد الكفالة, وآخر يشترط إيجاب الكفيل وقبول الدائن, ورجح الباحث رأي من يشترط إيجاب الكفيل وحده لانعقاد الكفالة

إذا كانت تبرعاً ومن ثم يشترط فيه أهلية التبرع أما إذا كانت الكفالة بمقابل فيشترط أهلية التصرف بالنسبة للكفيل والدائن, ولا يشترط أهلية معينة بالنسبة للمدين لانعقاد الكفالة.

وتم بحث وجوب خلو إرادة الكفيل من عيوب الرضا وهي الإكراه والغلط والتدليس والاستغلال. وبحث أيضاً إثبات عقد الكفالة وتفسيره وفق المجلة والقانون المدني المصري تحت عنوان الرضا.

2. المحل: كان لا بد من دراسة وجود الالتزام الأصلي أو إمكانية وجوده, وأن يكون هذا الالتزام مشروعاً وصحيحاً, وأن يكون معيناً حتى يكون محل الالتزام بعقد الكفالة قائماً, لأن التزام الكفيل تابع للالتزام الأصلي صحة وبطلاناً وجوداً وعدماً.

3. السبب: فقد يكون سبب عقد الكفالة بين الكفيل والدائن معاوضة أو تبرعاً, ولا عبرة في سبب علاقة الكفيل بالمدين، إلا إذا كانت غير مشروعة, فيجوز للكفيل في هذه الحالة التمسك أمام الدائن ببطلان عقد الكفالة لبطلان سبب الالتزام بين الكفيل والمدين.

أما في الفصل الثالث والأخير فخصص لدراسة النتائج المترتبة على عقد الكفالة، وبحث فيه حقوق الدائن وهي مطالبة الكفيل والتنفيذ على أمواله قبل المدين وفق مجلة الأحكام العدلية، ولا يجوز للكفيل الدفع بمطالبة المدين أولاً إلا إذا نص على شرط ملائم في العقد، وكذلك القانون المدني المصري الذي أعطى الدائن الحق بالمطالبة والتنفيذ على أموال الكفيل إلا إذا اتفق على خلاف ذلك، أو إذا لم يتمسك الكفيل بحقه بالدفع بمطالبة المدين أولاً وفقاً لما قرر له القانون ذلك.

أما حقوق الكفيل فهي تتمثل بدفوع خاصة بالالتزام الأصلي من حيث بطلانه وانقضاؤه، و بدفوع منصوص عليها حكماً وهي الدفع بمطالبة المدين قبل الكفيل وهذا الحق مقرر في القانون المدني المصري، أما المجلة فلا يجوز للكفيل ذلك إلا إذا اتفق في العقد أو في عقد لاحق على عدم مطالبة الكفيل قبل المدين، وحكم الدفع بالمطالبة يسري على حكم الدفع بالتنفيذ، أما الدفع بالتقسيم فلم يكن هناك اختلاف بين المجلة والقانون المدني المصري بشأن ذلك، أما الدفوع

الأخرى وهي الدفع بإضاعة التأمينات بخطأ الدائن، والدفع بعدم اتخاذ الدائن إجـراءات التنفيـذ ضد المدين بعد إنذار الكفيل له والدفع بعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين، فقد نص عليها القانون المدني المصري، ولم تنص عليها المجلة، ولكن أجاز الباحث ذلك من خلال قواعـد تشـريعية عامة في المجلة أمكن قياسها على إعطاء الكفيل حق التمسك بمثل هذه الدفوع.

وتم أيضا دراسة نتائج تنفيذ الكفيل لالتزامه بعقد الكفالة, من حيث مدى حقه بـالرجوع على الكفلاء الشخصيين الآخرين, وبالرجوع على الكفيل العيني, أو على حـائز العقـار, عنـد الوفاء من قبل الكفيل.

ثم تلا ذلك الخاتمة ونتائج الدراسة والتوصيات والملاحق.

المقدمة

الضمان العام للدائن يقع على ذمة المدين المالية، فيستطيع الدائن أن ينفذ بحقه على ذمة المدين, ولكن هذا الضمان العام لا يخلو من الخطورة فيما يتعلق بالدائن لأنه قد يحدث تغير في ذمة المدين يؤدي إلى إضعاف ضمان الدائن، فمن ناحية قد يعمد المدين إلى التصرف في أمواله بنقل ملكيتها إلى شخص آخر، فإذا جاء وقت التنفيذ فإن الدائن لن يجد لدى مدينه شيئاً يأخذ منه حقه، ومن ناحية أخرى قد يكون هناك زيادة في التزامات المدين، فإذا جاء وقت التنفيذ ظهر دائنون آخرون لا يستطيع الدائن أن يدعي أفضليته عليهم.

لذلك فإن القانون أعطى الحق للدائن أن يطلب من المدين ضماناً خاصاً كرهن رسمي أو حيازي يقدم الدائن على بقية الدائنين في استيفاء حقه من ثمن المال المرهون، كذلك يستطيع الدائن أن يطلب ضماناً من خلال إشراك مدين آخر مع مدينه ليستطيع الرجوع عليه بنفس الدين في حالة التضامن، وقد يشرك الدائن مع المدين شخصاً آخر يستطيع الرجوع عليه بالدين، إذا توافرت شروط معينة والصورة العملية لهذا النوع من التأمينات هي الكفالة.

ولقد اختلفت التشريعات في آثار عقد الكفالة، تبعا لاختلافها في مفهوم الكفالة ومركز الكفيل تجاه الدائن، فكان هناك اختلاف بين مجلة الأحكام العدلية، وبين القانون المدني المصري في تعريف الكفالة.

وسأقوم بدراسة مقارنة لأحكام الكفالة للتشريعين السابقين – لأن الدراسة المقارنة لأي موضوع تعطي الباحث والقارئ مجمل النقاط الايجابية والسلبية لهذا الموضوع – ولعل القارئ يتساءل عن سبب المقارنة بين هذين التشريعين بالذات؟

ولا شك أن السبب يكمن في أن مجلة الأحكام العدلية التي تستند في أغلب أحكامها إلى الرأي الراجح من الحنفي هي المطبقة في الضفة الغربية في فلسطين، أما القانون المدني المصري فقد أخذ المشروع المدني الفلسطيني منه نصوصه الخاصة بالكفالة (فالقانون المدني المصري هو المصدر الأول لمشروع المدني الفلسطيني بالنسبة للكفالة)، لذلك كان لا بد من

دراسة ما هو مطبق، وبين مصدر المشروع، ولم أقم بدراسة المشروع بشكل مباشر لأنه ليس قانوناً قائماً بذاته فهو قابل للتعديل بأي لحظة.

إذن سأقوم بدراسة ما ذكر من قوانين بخصوص الكفالة لأضع حدوداً لمساواة حقوق الدائن والكفيل وواجباتهما، إذ أن الكفالة شرعت لحماية الدائن في حصوله على حقه في الموعد المحدد للدين، فكانت الكفالة سببا وراء التزام الدائن بتقديم تسهيلات للمدين، فالكفالة تحقق الطمأنينة للدائن بوجود شخص ثانٍ ضامن في جميع أمواله للوفاء بالدين، أما المدين فهي تحقق له مصلحه في حصوله على ما يحتاجه من الدائن وذلك من خلال تقديم تأمين للدائن ألا وهو الكفالة، أما الكفيل فيلتزم بجانب المدين بمحض إرادته إلا انه يجب ألا تغفل حقوقه باعتباره تابعاً للالتزام الأصلي وكذلك حقه بالرجوع على المدين بعد الوفاء بالدين.

وأحكام الكفالة في مجلة الأحكام العدلية أو في القانون المدني المصري كغيرها من العقود ليست قواعد آمرة بل مكملة يجوز الاتفاق على خلافها، فالعقد شريعة المتعاقدين ما لم يكن مخالفا للنظام العام والآداب، وهنا تظهر الأهمية العملية لصياغة عقد الكفالة وتغير مركز الكفيل تجاه الدائن، فهو (أي الكفيل) في الأصل متضامن مع المدين في المطالبة و التنفيذ إلا إذا نص على خلاف ذلك وفق مجلة الأحكام أما في القانون المدني المصري فيجوز للدائن مطالبة الكفيل بالدين أو التنفيذ على أمواله قبل المدين، إلا إذا تمسك الكفيل بحقه بالدفع بمطالبة المدين أولاً أو التنفيذ على أمواله، وفقاً لما قرره القانون له.

أهداف الدراسة

1. التعرف على عقد الكفالة والآثار المترتبة عليه من حيث حقوق الدائن وحقوق الكفيل, والنتائج المترتبة على تنفيذ هذا العقد من حيث علاقة الكفيل بالمدين وعلاقة الكفيل مع غيره من الكفلاء.
2. معرفة الاختلافات الجوهرية بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري في أحكام آثار عقد الكفالة والمقارنة بينهما لمعرفة إيجابيات وسلبيات هذين التشريعين, ومدى الاستفادة منها عند إصدار قانون فلسطيني في هذا الجانب.

3. معرفة مدى تأثير صياغة العقد والاتفاق على خلاف القواعد المكملة لعقد الكفالة على مركز الكفيل تجاه الدائن وذلك من خلال صياغة عقود مختلفة للكفالة.

أهمية الدراسة

تعد الكفالة من أهم التأمينات الشخصية التي تحقق مصلحة لكل من الدائن والمدين فهي تحقق مصلحة للمدين في حصوله على ما يحتاجه من الدائن وذلك من خلال تسهيل عملية ائتمانه, كما أنها تحقق الطمأنينة للدائن لوجود شخص آخريمكن أن يطالبه بالوفاء.

وكذلك تظهر هذه الأهمية عند المقارنة بين التشريعين السابقين في أحكام آثار عقد الكفالة للاستفادة من هذه القوانين عند إصدار قانون فلسطيني في هذا المجال.

نطاق الدراسة

يقصد بالتأمينات الشخصية: الالتزامات الشخصية التي تضاف إلى التزام المدين بحيث يلتزم إزاء الدائن شخص آخر بوفاء الالتزام عندما يتحقق إعسار المدين ومن صور التأمين الشخصي الاشتراط لمصلحة الغير والإنابة والتضامن وهذه الصور تدخل في النظرية العامة للالتزامات وهي تخرج من نطاق هذه الدراسة، وهناك صورة أخرى من التأمينات الشخصية وهي الكفالة الشخصية وهي تختلف عن الكفالة العينية لأن الكفيل العيني لا يلتزم شخصيا بل يقدم مالاً مملوكاً له ليضمن الوفاء بحق شخصي للدائن لذلك فالكفالة العينية تدرس ضمن التأمينات العينية وهي أيضاً تخرج من نطاق هذه الدراسة.

لذلك سوف يقتصرالحديث على آثار عقد الكفالة الشخصية في مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري.

إشكالية الدراسة

تمثلت إشكالية الدراسة في الاختلاف على تعريف عقد الكفالة في القوانين المقارنة التي سوف يتم دراستها، فيجوز مطالبة الأصيل أو الكفيل وفق مجلة الأحكام العدلية، ومن جهة

أخرى فقد اختلف مركز الكفيل تجاه الدائن في القانون المدني المصري حيث لا يجوز مطالبة الكفيل قبل مطالبة الأصيل، مما ترتب على ذلك آثار هامة اختلفت باختلاف الحكمين.

الدراسات السابقة

بعد الإطلاع على الدراسات السابقة في موضوع الكفالة، تبين لي أنها كانت منصبة على دراسة هذا الموضوع وفق قانون معين مثل دراسة الكفالة بالقانون المدني المصري فقد اكتفى الشراح بدراسة الكفالة فقط في هذا القانون مثل عقد الكفالة ليحيى عبد الودود وعقد الكفالة لسليمان مرقس وغيرها، وكذلك بالنسبة للفقه الإسلامي فكان هناك دراسة لأراء الفقهاء المسلمين فقط في الفقه الإسلامي دون التطرق للقوانين المدنية الأخرى بشكل مفصل مثل الكفالة وأثرها بالفقه الإسلامي لأحمد محمد برج، أو دراسة الكفالة ضمن عقود معينة باعتبارها من العقود المسماة التي نظمها المشرع بنصوص وأحكام معينة مثل شرح القانون المدني " العقود المسماة "في المقاولة والكفالة لعدنان السرحان، وقد اكتفت الدراسات السابقة في بعض الأحيان بتناول آثار عقد الكفالة ضمن البحث عن جانب آخر فيها مثل اشتراط الكتابة لإثبات عقد (الكفالة، الصلح، التحكيم) لموسى هاشم شناني، وقد كانت أيضاً الدراسات السابقة منصبة على دراسة الكفالة ومقارنتها بأنظمة أخرى مثل الكفالة بالمنظورين الشخصي والمصرفي لمحمد علي القيسي.

أما من خلال هذه الدراسة المقارنة فسيقوم الباحث بعرض ما جاءت به مجلة الأحكام العدلية من جهة, وبين ما جاء به القانون المدني المصري من جهة أخرى، والربط بينهما لاستخلاص الآراء الهامة لصياغة أحكام خاصة وجيدة للكفالة بالقانون المدني الفلسطيني الذي لا زال مشروعا

منهجية الدراسة

تم إتباع منهج البحث النظري الوصفي التحليلي للنصوص القانونية والآراء الفقهية، والاجتهادات القضائية الخاصة بأحكام الكفالة.

كما تم الإطلاع على الأدبيات السابقة في هذا المجال حيث تم دراسة المراجع والمصادر من كتب وأبحاث ودوريات وقوانين، وتم الإستعانة بشبكة المعلومات الالكترونية(الانترنت).

واتبع الباحث أيضاً منهج البحث المقارن بين النصوص القانونية والآراء الفقهية المتعلقة بالكفالة، والاجتهادات القضائية، باعتبار هذه المقارنة الدعامة الرئيسية والأساسية بالإطلاع على مواقف هذه القوانين ومن ثم استخلاص الجيد منها لتقنينه في القانون المدني الفلسطيني في المستقبل.

واحتوت الدراسة على تمهيد وثلاثة فصول، يتبعها الخاتمة والنتائج والتوصيات، وقائمة بالمصادر والمراجع والملاحق.

التمهيد وقد اشتمل على تعريف الكفالة بالفقه الإسلامي ومجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري وخصائص عقد الكفالة وأطراف عقد الكفالة.

وأما الفصل الأول فقد تحدث فيه الباحث عن أنواع الكفالة وتمييزها عن النظم القانونية المشابه.

وأما الفصل الثاني فقد اشتمل على أركان عقد الكفالة وهي الرضا والمحل والسبب.

وأما الفصل الثالث فتحدث فيه الباحث عن النتائج المترتبة على عقد الكفالة فكان المبحث الأول في دراسة حقوق الدائن، وكان المبحث الثاني في دراسة حقوق الكفيل أما المبحث الثالث فكان في دراسة نتائج تنفيذ عقد الكفالة الذي تمثل بعلاقة الكفيل مع المدين وعلاقة المدين مع غيره من الكفلاء.

الفصل التمهيدي

المبحث الأول: تعريف الكفالة لغة واصطلاحاً

المطلب الأول: تعريف الكفالة لغة

المطلب الثاني: تعريف الكفالة إصطلاحاً

المبحث الثاني: خصائص عقد الكفالة

المبحث الثالث: أطراف عقد الكفالة

الفصل التمهيدي

ونتناول فيه الباحث تعريف الكفالة، وبيان خصائصها وأطرافها.

المبحث الأول

تعريف الكفالة لغة واصطلاحاً

المطلب الأول: الكفالة لغة

الكفالة لغة: تعني الضم[1].تكفل فلان بالشيء أي الزم نفسه به ومنه قوله تعالى: "وكفلها زكريا"[2] أي ضمن زكريا عليه السلام حضانة مريم عليها السلام، وتكفل بالقيام بأمرها[3].

وفي الحديث الشريف "أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا وأشار بالسبابة والوسطى وفرج بينهما شيئاً له"[4]. والكفيل هو الضامن والكافل هو الذي يعول إنساناً وينفق عليه[5].

وكفل فلان المال: أي جعله يضمنه[6].

وقد جاء عن سلمة بن الاكوع- رضي الله عنه-:(أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة ليصلي عليها، فقال: هل عليه دين؟ قالوا: لا، فصلى عليه، ثم أتى بجنازة أخرى فقال

---

(1) مصطفى, ابراهيم وآخرون, **المعجم الوسيط**, المجلد الثاني, الطبعة الثانية, استنبول: دار الدعوة, 1972, ص400.

(2) آل عمران: الآية 37.

(3) الأشقر، محمد سليمان أبو رخيه، ماجد محمد و شبير، محمد عثمان والأشقر، عمر سليمان: **بحوث فقهيه في قضايا اقتصادية معاصرة**، المجلد الأول، الطبعة الأولى، الأردن: دار النفائس لنشر والتوزيع: 1998، ص 421.

(4) البخاري،محمد بن اسماعيل ابو عبد الله الجعفي، الجامع الصحيح المختصر، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت، ط3 (1407ه- 1987)تحقيق: د.مصطفى ذيب البغا،ج5،ص2032، خديث رقم"4998".

(5) برج، احمد محمد إسماعيل: **الكفالة بالمال وأثرها في الفقه الإسلامي**- دراسة مقارنة وتطبيقات معاصرة، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004، ص 4- 5.

(6) زيدان، عبد الكريم، **الكفالة والحوالة، في الفقه المقارن**، د.ط، د.ن: مكتبة القدس، ص 108.

هل عليه دين؟ قالوا نعم، قال: فصلوا على صاحبكم، قال أبو قتادة: علي دينه يـــا رســـول الله، فصلى عليه)[1].

وفي حديث أبي أمامة قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول في الخطبة في حجة الوداع: (العارية مؤداه، والزعيم غارم، والدين مقضي) [2].

الزعيم غارم: "أي أن الزعيم وهو الكفيل يتحمل غرامة بتحمله ضمان رجوع الحق إلى صاحبه سواء أكان عيناً أو ديناً أو نفساً"[3].

والكفيل والضمين والضامن والقبيل والحميل والزعيم كلها بمعنى واحد وهو الكفيل[4].

المطلب الثاني: الكفالة إصطلاحاً

لا تختلف الكفالة في الاصطلاح عن معناها في اللغة، وقد اختلف الفقهاء فـــي إعطـــاء معنى واحد للكفالة فمنهم من أطلق عليها لفظ الضمان، ومنهم من فرق بين الضمان والكفالة.

1. تعريف الأحناف للكفالة

عرفها الكاساني "التزام المطالبة بما على الأصيل"[5].

وعرفها ابن عابدين: "ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقاً بنفس أو بدين أو عين مغصوبة"[6].

---

(1) البخاري، محمد بن اسماعيل أبو عبد الله الجعفي، الجامع الصحيح المختصر،799/2، حديث رقم(2168)،43- كتاب الحوالات،3- باب إن أحال بين الميت على رجل أجاز.لهذا الحديث مدلولات كثيرة سأتناولها لاحقاً.

(2) أبو داود،سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، 17- كتاب البيوع باب: في تضمين العارية، ج2، ص319،حديث رقم(3565)/ ورواه أيضاً الترمذي، محمد بن عيسى أبو عيسى السلمي،الجامع الصحيح، سنن الترمذي، دار احياء التراث العربي، بيروت، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، كتاب: البيوع: باب:ما جاء أنَ العارية مؤداه، قال: ابو عيسى حديث حسن غريب،ج3،ص565،حديث رقم"1265".

(3) مصطفى، محمود احمد مروح: **الكفالة: أنواعها وطرق الإبراء منها** (رسالة ماجستير غير منشورة) الجامعة الأردنية، الأردن، 2003، ص 24- 25.

(4) زيدان، عبد الكريم، الكفالة والحوالة في الفقه المقارن، مرجع سابق، ص 108.

(5) الكاساني الحنفي، علاء الدين أبو بكربن مسعود: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، الجزء السادس، الطبعة الثانيـــة، بيروت: دار الكتب العلمية، 1986، ص3.

(6) ابن عابدين، محمد أمين:**حاشية رد المحتار على الدرر المختار شرح تنوير الأبصار**، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، مصر: شركة ومكتبة مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، 1966، ص 281.

والتعريف الذي اختاره أكثر الحنفية هو تعريف ابن عابدين[1]، وذلك لأنه اشتمل على الأنواع الثلاثة من الكفالة وهي:

كفالة الدين: حيث يلتزم الكفيل بما في ذمة المدين من دين حيث تنشغل ذمته بالمطالبة، مع بقاء ذمة المدين الأصيل مشغولة بالدين.

كفالة العين: وهي رد العين، مثل العين المغصوبة.

كفالة النفس: وهي التزام الكفيل بإحضار شخص معين[2].

2. تعريف الشافعية

يسمى الشافعية الكفالة بالضمان، والضمان شرعاً " عقد يقتضي التزام دين ثابت في ذمة الغير أو إحضار عين مضمونة أو بدن من يستحق حضوره "[3].

3. تعريف الحنابلة

لقد عرف صاحب كشاف القناع الضمان شرعاً بأنه " (التزام من يصح تبرعه) وهو الحر غير المحجور عليه(أو) التزام (مفلس برضاهما) أي من يصح تبرعه والمفلس ديناً وجب على غيره مع بقاء الواجب على الغير"[4].وعرفها صاحب الروض المربع تحت باب الضمان "التزام ما وجب على غيره مع بقائه، وما قد يجب "[5].

---

(1) انظر المادة 839 من قدري، محمد قدري باشا: كتاب **مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان**، الطبعة الرابعة، القاهرة:المطبعة الأميرية، 1931، ص223..

(2) زيدان عبد الكريم، الكفالة والحوالة في الفقه الفقه المقارن، مرجع سابق، ص 109- 110.

(3) الشربيني، محمد الخطيب: **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، الجزء الثاني، بيروت: دار الفكر، ص 199.

(4) البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس: **كشاف القناع عن متن الإقناع**، الجزء الثالث، بيروت – دار الفكر – 1982، ص 362-363.

(5) الهيجاوي، شرف الدين أبو النجاموسى بن احمد: **الروض المربع بشرح زاد المستنقع** – مختصر المقنع في فقه إمام السنة احمد بن حنبل الشيباني رضي الله عنه – د،ن، ص 219.

ويتفق الحنابلة والشافعية بالتفريق بين الضمان والكفالة، فالكفالة خاصة بالنفس أو البدن، والضمان عام يشمل الأنواع الثلاثة: المال والعين والبدن، فالضمان عام والكفالة خاصة [1].

4. تعريف المالكية

وقد عبروا عن الكفالة بالضمان فعرفها الخليل بأنها شغل ذمة أخرى بالحق[2].

بالنسبة لمجلة الأحكام العدلية

لقد عرفت مجلة الأحكام العدلية الكفالة في المادة 612 كما جاء في الفقه الحنفي وهي (أي الكفالة) " ضم ذمة إلى ذمة في مطالبة شيء يعني أن يضم أحد ذمة آخر ويلتزم أيضاً المطالبة التي لزمت حق ذلك "[3].

ولعل اختيار مجلة الأحكام العدلية لتعريف الأحناف يعود إلى:

1- أنهم لم يفرقوا بين الكفالة والضمان.

2- تناول التعريف أقسام الكفالة هي كفالة المال والبدن والعين.

3- أخرج مفهوم الحوالة من التعريف لتبقى ذمة الأصيل مشغولة بالدين أيضاً.

4- أن التعريف يفرق بين عنصري الالتزام وهي المطالبة (المسؤولية) وعنصر المديونية، فالكفيل مطالب (مسؤول) بوفاء الدين وأداء الحق بضم ذمته إلى ذمة الأصيل، أما الأصيل فيبقى التزامه قائماً بعنصرية المطالبة والمسؤولية[4].

---

(1) مصطفى، محمود، الكفالة أنواعهاوطرق الإبراء منها، مرجع سابق، ص2.

(2) الخليل, ابن اسحاق: **مختصر الخليل**, ج6, مصر, ص21.

(3) وجاء أيضاً في المادة 950 من القانون المدني الأردني الكفالة " ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام". وتقابلها المادة 1008 من القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة 1940. ومن الغريب أن هناك قرار لمحكمة التمييز الأردنية رقم667 / 1987 لسنة 1987, يخالف نص المادة 950مدني أردني فقد عرف القرار" الكفالة بأنها عقد يكفل شخص بمقتضاه بتنفيذ التزام بان يتعهد للدائن بان يفي بهذا الالتزام إذا لم يفِ به المدين نفسه", تم الحصول على القرار من الموقع الالكتروني htt: //www.qanoun.com بتاريخ 2006/7/12 الساعة العاشرة صباحاً.

(4) المعنى ذاته مصطفى، محمود، الكفالة أنواعها وطر ق الإبراء منها، مرجع سابق، ص 21. وسأبحث ماهية المطالبة عند البحث في حقوق الدائن في الفصل الثالث.

وقد وضعت مجلة الأحكام العدلية تعريفاً مستقلاً للكفالة بالمال في المـــادة 614 "وهـــي الكفالة بأداء مال".

ويتسع تعريف الكفالة بالمال ليشمل المال الحقيقي والمال حكماً والكفالة بالدرك:

أ- الكفالة بالمال الحقيقي وهي الأعيان: كعين المال المغصوب وتقسم إلى قسمين وهما:

1. الكفالة بالعين المضمونة كالكفالة بالمال المغصوب والكفالة ببدل الصلح عن دم العمد.

2. الكفالة بالعين غير المضمونة وتقسم إلى نوعين:

النوع الأول: الأمانات التي تسليمها واجب على واضع اليد عليها كالعارية والمأجور.

النوع الثاني: الأمانات التي تسليمها غير واجب، حيث لا يلتزم واضع اليد عليها بإعادتهـــا إلـــى أصحابها كالوديعة، ومال الشركة، ومال المضاربة.

- وتجدر التفرقة بين الكفالة بالأعيان والكفالة بالتسليم:

فالكفالة بالعين: عبارة عن تسليم العين إلى صاحبها إذا كانت موجودة، وإذا هلكت يؤدي عنها أو بدلها.

أما الكفالة بالتسليم: فيكون الكفيل مطالباً إذا كانت العين موجودة، وإذا تلفت سقطت عنه المطالبة ولا يؤدي بدلها أو ثمنها(1).

ب- كفالة المال الحكمي: وهي كفالة الدين وتعني أداء دين في ذمة الغير(2). وتعتبر كفالة الدين حكمياً لان الدين قبل القبض وصف شرعي، ولكن بعد القبض ينتفع بـــه ويصـــبح مـــالاً قـــابلاً للتصرف فيه، لذلك اعتبر مالاً بالنظر إلى النتيجة منه بعد القبض حيث ينتفع به، ويصبح قـــابلاً للتصرف به(3).

---

(1) حيدر، علي: **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، المجلد الأول، الطبعة الأولى، بيروت، دار الجيل، 1991، ص 734.

(2) برج، احمد، الكفالة بالمال وأثرهل في الفقه الإسامي، مرجع سابق، ص 28.

(3) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام،المجلد الأول، مرجع سابق، ص 733.

ج- الكفالة بالدرك[1]: وتعني الكفالة بأداء ثمن البيع وتسليمه أو بنفس البائع إن استحق المبيع (المادة 616 من المجلة).

ويعني الشق الأول من التعريف كفالة أداء ثمن المبيع إلى المشتري وتسلمه إليه إن استحق وضبط من يد البائع.

أما الشق الثاني فهو كفالة بنفس البائع إن استحق المبيع وضبط من يد المشتري (وهي تدخل ضمن الكفالة بالنفس).

وقد شرعت الكفالة بالدرك لضمان حق المشتري في مراجعة البائع في ثمن المبيع عند الاستحقاق وهو ظهور حق للغير في مال ويقسم إلى قسمين:

القسم الأول: وهو ما يبطل ملكية كل واحد في المستحق به كظهور المبيع وقفاً أو مسجداً.

القسم الثاني: ما ينقل الملكية من واحد لآخر، كأن يشتري واحد مالاً فيظهر أنه ملك لآخر، فهذا الاستحقاق ينقل ملكية ذلك المال من المشتري إلى شخص آخر[2].

وقد يطلب المشتري من البائع كفيلاً يضمن أن البائع هو المالك الشرعي والحقيقي للمبيع أو قد يطلب المشتري أيضا من البائع كفيلاً يضمن العيوب الخفية للمبيع.

وقد تكون الكفالة بالدرك لصالح البائع، فقد يطلب البائع من المشتري كفيلاً يضمن له سلامة الثمن من أن يكون مغصوباً أو مسروقاً أو مغشوشاً، أو يكون الثمن مؤجلاً أو مقسطاً[3].

---

(1) لم يأخذ القانون المدني المصري والمشروع المدني الفلسطيني بهذا النوع من الكفالة.

(2) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 734- 735.

(3) السرحان، عدنان إبراهيم: **شرح القانون المدني(العقود المسماة) في المقاولة، الكفالة**، الطبعة الأولى، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1996، ص203.

- **تعريف القانون المدني المصري لعقد الكفالة:**

عالج المشرع المصري الكفالة في القانون المدني[1] في المادة 772 وسار على هديه مشروع القانون المدني الفلسطيني[2] في المادة 908.

جاء في المادة 772 مدني مصري بأن الكفالة "عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بان يتعهد للدائن بان يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه"[3].

ويمكن أن يؤخذ من هذا التعريف:

1. انضمام ذمة مالية أخرى، إلى ذمة المدين في ضمان تنفيذ الالتزام.
2. أن عبارة "إذا لم يف به المدين نفسه" يجب أن لا يفهم منها أن التزام الكفيل معلق على شرط واقف وهو عدم قيام المدين بالوفاء، وإنما تعهد الكفيل منجز وإنما يقصد منها أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلي[4].
3. أنه من الممكن أن يكون التزام الكفيل مبلغاً من النقود، أو إعطاء شيء غير النقود، أو يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل، فإذا كان شيئاً غير النقود وجب عليه التعويض من جراء إخلاله بالالتزام[5].

---

(1) القانون المدني المصري رقم 181لسنة 1948، سأشير إليه لاحقاً مدني مصري.

(2) **مشروع القانون المدني الفلسطيني ومذكراته إلإيضاحية**، إعداد: موسى أبو ملوح وخليل احمد قتادة، ديوان الفتوى والتشريع في فلسطين، 2003، ساشير إليه لاحقاً بالمشروع المدني الفلسطيني.

(3) الطعن مدني مصري 1508 لسنة500 ق– جلسة 1987/3/2، مشاراليه: أنور، العمروسي: **التضامن والتضامم، والكفالة في القانون المدني**، الطبعة الأولى، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 1999، ص 281. ورد نص المادة 772 مدني مصري مطابقاً لما جاء في المادة 133 من المشروع التمهيدي المدني المصري، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم 841 في المشروع النهائي، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم 840، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم 772 (مجموعة الأعمال التحضيرية ص 420–424) للمزيد: السنهوري، عبد الرزاق احمد: **الوسيط في شرح القانون المدني**، الجزء العاشر، ص18 أنظر أيضاً Avery Wien Katz: **The Economic Analysis of the Guaranty Contract**.pp,1. مقال تم الحصول عليه من الموقع الالكترونيhttp://www.jstor.org بتاريخ 2006/7/15 الساعة الواحدة مساءاً.

(4) أبو السعود، رمضان: **التأمينات الشخصية والعينية**، د.ط، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1995، ص 30.

(5) الطعن مدني مصري 92 السنة 35 ق – جلسة 1969/4/17 س 20 وارد في أنور، العمروسي، التضامن والتضامم والكفالة في القانون المدني، مرجع سابق، ص 280.

4. أنه لا يشترط أن يكون المكفول أو الكفيل شخصاً طبيعياً بل يجوز أن يكون شخصاً معنوياً.

ويظهر الخلاف مبدئياً بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري في تعريف الكفالة من حيث مركز الكفيل تجاه الدائن، فالكفيل حسب المجلة متضامن في المطالبة في الأصل إلا إذا نص على خلاف ذلك، أما في القانون المدني المصري فالكفيل غير متضامن في الأصل إلا إذا نص على خلاف ذلك.

وما اختلاف القانون المدني المصري عن مجلة الأحكام العدلية إلا نتيجة تطور في القانون الروماني الذي كان يقوم على أساس تضامن بين الدين والكفيل فللدائن حق المطالبة بالدين الأصيل أو الكفيل.

وفي فترة لاحقة بدأت تظهر صفة تبعية التزام الكفيل لالتزام الأصيل في القانون الفرنسي لتتميز شيئاً فشيئاً عن التضامن، واعترف للكفيل بالدفع بالتجريد والدفع بالتقسيم الذي أخذ به القانون المدني المصري، حتى وقتنا الحاضر، وقد يحصل الكفيل على مبلغ من المال من المدين مقابل كفالته أو من الدائن نفسه[1].

---

(1) ذهني بك، عبد السلام: **في التأمينات**: د.ط، مصر: مطبعة الاعتماد 1926، ص 6.

المبحث الثاني

خصائص عقد الكفالة

بالنظر إلى التعريف الوارد في مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري لعقد الكفالة، يمكن معرفة خصائص عقد الكفالة:

1. عقد رضوي[1]: وهذا واضح في مجلة الأحكام العدلية التي لم تشترط شكلية معينة للانعقاد، فيكفي رضا الكفيل وتكون صحيحة ما لم يردها المكفول له (المادة 621 من مجلة الأحكام).

وفي القانون المدني المصري لا يلزم لانعقاد الكفالة شكل خاص، فيكفي الرضا بين الدائن والكفيل، وبالرغم من أن المادة 773 مدني مصري نصت على أن الكفالة لا تثبت إلا بالكتابة[2] لكن الكتابة المطلوبة هي شرطاً للإثبات وليست ركناً للانعقاد، وقد يتم إثباتها بالكتابة أو ما يقوم مقامها من إقرار أو يمين[3]، أما إذا كانت الكتابة للانعقاد فلا يجوز إثبات الكفالة بالإقرار أو اليمين عند تخلف الكتابة.

2. عقد ملزم لجانب واحد[4].

جاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة 621 " تنعقد الكفالة وتنفذ بإيجاب الكفيل وحده..."[5] فهي بذلك تصدر وتنفذ من الكفيل فقط ما لم يردها المكفول له وهو الدائن. ويشترط أن تتوافر أهلية التبرع في الكفيل لكي تكون صحيحة[6].

---

(1) لم يذكر القانون المدني المصري نصوص خاصة بتقسيم العقود، ولكن ترك ذلك للفقه، فالعقد الرضائي: هو الذي يتم بمجرد الإيجاب والقبول، ولا تتوقف صحتها على وجوب تسليم العين محل العقد، ولا على استيفاء إجراءات أخرى،ذكر هذا التعريف في مرسي باشا، محمد كامل:**العقود المسماة(الكفالة, الوكالة, السمسرة, الصلح, التحكيم, الوديعة, الحراسة)**، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مصر: المطبعة العالمية، 1952، ص12.

(2) تطابق المادة 965 من المشروع المدني الفلسطيني.

(3) عبد السلام، سعيد سعد: **الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية**، د.ط، د.ن، 1997، ص 17.

(4) العقد الملزم لجانب واحد: هو الذي يكون فيه واحد أو أكثر من المتعاقدين ملزماً بالتزامات والباقون منتفعون فقط، أي غير ملزمين بأي تعهد، مرسي، محمد كامل، العقود المسماة، مرجع سابق، ص35.

(5) وهذا ما جاء في المادة 951 من القانون المدني الأردني.

(6) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، المجلدالأول، مرجع سابق، ص 771.البهوتي، كشاف القناع، ج 3، مرجع سابق، ص 377.

أما في القانون المدني المصري: فقط اعتبر معظم الشراح[1] أن عقـد الكفالـة حسـب الأصل عقد ملزم لجانب واحد، فالكفالة ملزمة للكفيل بتنفيذ التزام إذا لم يفِ به المدين بنفسه، أما الدائن فلا يلتزم بشيء.

ويرى آخرون[2] أن الكفالة عقد ملزم لجانبين بدليل المادة 784 مدني مصـري "التـزام الدائن بالمحافظة على التأمينات التي تضمن الحق بجانب الكفالة، وإلا وجب أن تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من تأمينات".

والمادة 785 مدني مصري " ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات اللازمة ضد المدين خلال ستة أشهر من تاريخ إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً".

والمادة 787 مدني مصري"1/ التزام الدائن بتسليم الكفيل وقت وفائه الدين المسـتندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع.

2/ وإذا كان الدين مضموناً بمنقول مرهون أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل".

فهذه الالتزامات التي على الدائن كافية لجعل عقد الكفالة ملزم لجانبين. وأمكن الرد على هذا الرأي من خلال:

إن تسليم الدائن المستندات التي تخوله الرجوع ونقل التأمينات إلى الكفيل، هـي واقعـة تأتي بعد إبرام الكفالة ولا تتولد عن ذات العقد، في حين أن العقد الملزم للجـانبين إنمـا يكـون نتيجة للآثار التي يرتبها العقد ذاته وقت إبرامه، لا نتيجة واقعة مستقلة أو لاحقه لإبرامه.

---

(1) السنهوري، الوسيط، ج 10، مرجع سابق، ص 24. أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية،مرجع سابق، ص 35. يحيى، عبد الودود: **عقد الكفالة**، د.ط، مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصـطفى البـابي الحلبـي وأولاده،1961، ص6.

(2) مرقس، سليمان: **الوافي في شرح القانون العقود المسماة:** المجلد الثالث، الطبعة الثالثة، مصر: دار الكتب القانونية، بيروت: مكتبة صادر، 1998، ص110.

وعبارة يبرأ الكفيل إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر مـــن إنذار الكفيل له تفيد بأنه لا يفرض على الدائن التزاماً مقابلاً، بل هو مجرد دفع للكفيل يســـتطيع أن يتمسك به عند مطالبة الدائن[1].

إن المادة 784 والمادة 785 والمادة 787 مدني مصري لا تعتبـــر التزامـــات ولكنهـــا أسباب لانقضاء التزام الكفيل[2]، ولو كان ما ورد فيها التزاماً على الدائن لحق للكفيل أن يلزمـــه على التنفيذ عيناً، في حين انه لا يحق له ذلك، ويبقى للدائن الحرية في المحافظة على التأمينات أو يضيعها أو أن يطالب المدين في الأجل المحدود أو لا يطالبه[3].

ويرى الباحث أن عقد الكفالة عقدٌ ملزمٌ لجانب احد، لان القانون لم يرتب أي التزام على الدائن، والقول بأنه ملزم لجانبين أمكن الرد عليه بأدلة قوية، وان كان عقد الكفالة ملزم لجانـــب واحد حسب الأصل إلا أنه يجوز الاتفاق على خلاف ذلك، كإن يرتب العقد على الدائن دفع مبلغ من النقود للكفيل، مقابل التزام الأخير بضمان الدين.

3. الكفالة عقد تابع[4].

وقد جاء في المادة 631 من مجلة الأحكام العدلية " يشترط في الكفالة بالمال أن يكـــون المكفول به مضموناً على الأصيل، يعني أن إيفاؤه يلزم الأصيل....."

وجاء في المادة 612 من المجلة أن الكفالة التي تنص على أنه "ضم ذمة إلى ذمة فـــي مطالبة شيء يعني أن يضم أحد ذمة آخر ويلزم أيضاً المطالبة التي لزمـــت فـــي حـــق ذلـــك " فيفترض وجود ذمة سابقة لكي تنضم إليها ذمة الكفيل.

---

(1) أبو السعود، رمضان, التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 35.

(2) نناغو، سمير عبد السيد: **التأمينات الشخصية والعينية**، د.ن، الإسكندرية: توزيع منشأة المعارف، 1996، ص 26.

(3) أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 36.

(4) العقد التابع: هو الذي يعقد تبعاً لعقد آخر بحيث لا يتصور وجودة وحده ولا يقوم إلا بغيره، ذكر هذا التعريـــف فـــي مرسي، محمد كامل، العقود المسماة، ج1، مرجع سابق، ص ص33.

وفي القانون المدني المصري جاء في تعريف الكفالة أن الكفيل يتعهد بتنفيذ التزام إذا لم يف به المدين نفسه، فمعنى ذلك أن التزام الكفيل يكون تابعاً لالتزام المدين[1]، فإذا أوفى الأخير التزامه انقضى التزام الكفيل. ويترتب على هذه التبعية:

1. أن الكفالة تفترض وجود التزام صحيح[2] (المادة 786 مدني المصري) [3]و(المادة 631 من المجلة) فإذا كان الالتزام الأصلي باطلاً أو قابلاً للإبطال فالكفالة كذلك[4] إلا إذا كانت كفالة الالتزام بسبب نقص الأهلية فهي جائزة[5].

ويجوز للكفيل أن يتمسك بجميع الدفوع التي ترد على الالتزام الأصلي وتنقضي بانقضاء هذا الالتزام[6].

2. أنه لا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام الأصيل ولكن يجوز أن يكــون بشــروط أخف، فإذا كان التزام الأصيل معلقاً على شرط فلا يجوز أن يكون التزام الكفيــل منجــزاً، وإذا كان التزام الكفيل أشد من التزام المدين فإن عقد الكفالة لا يكون باطلاً، بــل الإنقــاص إلى حد الالتزام المكفول[7] إذا طالب الكفيل بذلك.

وقد جاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة 47 " التابع تابع " وبناء على ذلك لا يجــوز أن يكون التزام الكفيل اشد عبئاً من التزام الأصيل[8]. وجاء في المادة 780مدني المصري:

---

(1) القيسي، محمد: **الكفالة في المنظورين الشخصي والمصرفي**، رسالة ماجستير غيــر منشــورة، الجامعــة الأردنيــة، الأردن، ص56.

(2) الطعن مدني مصري رقم 860 لسنة43 بتاريخ 1980/2/18 سنة المكتب الفني 31 واردCD في مكتبة أحكام المحاكم العربية العليا متوفر لدى معهد الحقوق بجامعة بيرزيت.

(3) يقابلها نص المادة 913 من المشروع المدني الفلسطيني.

(4) مرسي، محمد، العقود المسماة، ج1، مرجع سابق، ص73

(5)المادة 777 مدني مصري والتي سوف نتكلم عنها لاحقاً.

(6) مرقس، **عقد الكفالة**، مصر: دار النصر للجامعات المصرية، 1959، ص10.

(7) السرحان، عدنان، العقود المسماة في المقاولة، الكفالة، مرجع سابق، ص9.

(8) المادة 228 من القانون المدني الأردني " التابع تابع ولا يفرد بالحكم ". ولكن أجازت المجلة الكفالة المعجلة التي يكون فيها التزام الكفيل حال والتزام المدين مؤجل.

1/ "لا تجوز الكفالة في مبلغ اكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول.

2/ ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشروط أهون ".

وقد ورد استثناء على تبعية التزام الكفيل للمدين حيث لا يترتب على كون الكفالة عقــداً تابعاً أن تكون تجارية أو مدنية تبعاً للالتزام الأصلي فقد جاء في المادة779 مدني مصري " إن كفالة الدين التجارية تعتبر عملاً مدنياً ولو كان الكفيل تاجرا ً".

4. عقد تبرع[1].

لقد اتفق الفقهاء المسلمون على اعتبار عقد الكفالة عقد تبرع وعليه يجب أن يكون أهــلاً للتبرع، فلا تجوز كفالة المكره والمجنون والصبي ولو كــان مميــزاً لــنقص أهليــتهم ولعــدم رشدهم[2]. وهذا ما أكدته المادة 628 من مجلة الأحكام العدلية " يشترط في انعقاد الكفالة كــون الكفيل عاقلاً وبالغاً فلا تصح كفالة المجنون والمعتوه والصبي ولو كفل حال صباه لا يؤاخذ وإن أقر بعد البلوغ بهذه الكفالة"[3] وإذا كان الصبي تاجراً يجوز له أن يكفل[4].

وذهبت أكثرية شراح القانون المدني المصري[5] إلى أن عقد الكفالة عقد تبرع[6]، وهناك رأي للسنهوري يعتبر فيه الكفالة بالنسبة للكفيل تبرع، أما بالنسبة للدائن فهي عقد معاوضـــة[7]،

---

(1) عقد التبرع: هو الذي يقدم فيها أحد المتعاقدين منفعة للعاقد الآخر من غير أن يحصل على مقابل لها، أو هـــي التـــي يستولي فيها أحد المتعاقدين على منفعة من غيره دون أن يقدم عوضاً عنها، ذكر هذا التعريف في مرسي، محمد، العقــود المسماة، ج1، مرجع سابق، ص46.

(2) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج 5، مرجع سابق، ص417.البهوتي، كشاف القناع، ج3، مرجع سابق، ص352.

(3) جاء في المادة 952من القانون المدني الأردني " يشترط في انعقاد الكفالة أن يكون الكفيل أهلاً للتبرع ".

(4) اللبناني، رستم باز: **شرح المجلة**، بيروت:دار العلم للجميع، 1992، ص339.

(5) السنهوري، ج 10، الوسيط، مرجع سابق، ص25. أبو السعود، رمضان،التامينات الشخصية والعينية، مرجع ســابق، ص37.

(6) تنص المادة 1067 من قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1932 على أن " الكفالة مجانية بطبيعتها، ما لــم يكــن هناك نص مخالف " ومما يؤكد انه عقد تبرع ما جاء به القضاء المصري في الطعن مدني مصري رقم 0003لســنة 07 بتاريخ 1937/4/1 سنة المكتب الفني 02 وارد فيCD مكتبة أحكام المحاكم العربية العليا، مرجع سابق.

(7) عقد المعاوضه: هو الذي يكون فيه لكل من المتعاقدين منفعة أو فائدة، ذكر هذا التعريف في مرسي، محمــد، العقــود المسماة،1، مرجع سابق، ص46.

لأن الدائن حصل على كفالة أو ضمان مقابل إعطاء الدين للمدين، فليس من الضروري في عقود المعاوضة أن يكون العوض أعطي لأحد المتعاقدين بل يكفي إعطاؤه للغير وهو المدين بالرغم من أنه عاد واعتبر عقد الكفالة بشكل عام عقد تبرع.

ويرى الباحث انه حتى يمكن اعتبار العقد معاوضة أو تبرعاً يجب النظر إلى كل من طرفيه، الكفيل والدائن، فإن تقاضى الكفيل مقابلاً من الدائن فالعقد معاوضة، أما إذا لم يتقاض مقابلاً فان العقد تبرع.

ويرى الباحث أيضاً أنه يجب النظر إلى كون الكفالة عقد تبرع أو معاوضه بأهمية بالغة وذلك نتيجة للآثار التي تترتب على ذلك:

1. فإذا كان العقد تبرعاً فإن الكفالة تعد من الأعمال المدنية وليست من الأعمال التجارية[1] حتى لو كان الكفيل تاجراً أما إذا احترف الأعمال التجارية بمقابل كما يحدث في البنوك فهي عمل تجاري، وبالتالي عقد معاوضه.

وإذا كانت الكفالة بالأصل عملاً مدنياً، فإنها تأخذ صفة العمل التجاري بنص القانون، كما جاء في المادة 2/779 مدني مصري التي تنص " إن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً أو عن تظهير هذه الأوراق تعتبر دائماً عملاً تجارياً[2] أي حتى لو كان الشخص تاجراً أو غير تاجر غير محترف التجارة فان ضمان هذه الأوراق يعتبرعملاً تجارياً.

2. لا يجوز أن يبرم عقد الكفالة عن طريق الوكالة إذا كان تبرعاً، إلا إذا صدر توكيل خاص بها يعين فيها محلها، وبان يعين المدين المكفول عنه، والالتزام المكفول به[3].

---

(1) حيث لا مجانية ولا تبرع في العمل التجاري.

(2) الطعن مدني مصري رقم1041 لسنة 47ق –جلسة 1981/3/2س32. وارد في العمروسي، أنور، التضامن والتضامم والكفالة في القانون المدني، مرجع سابق، ص281

(3) الطعن مدني مصري رقم 20لسنة 17 بتاريخ 1948/3/25الصادر عن مكتبة أحكام المحاكم العربية العليا، المرجع السابق.

3.يشترط في عقد التبرع أهلية المتبرع (الكفيل)، أما في عقد المعاوضة فيشترط أهلية التصرف[1].

5. الكفالة من العقود الخطرة.

إذ يقع على عاتق الكفيل التزام دون مقابل، فهي حسب الأصل عمل تبرعي، وإذا أراد الرجوع على المدين ليسترد ما التزم به، فقد يتبين له إعساره[2].

---

(1) شناني، موسى هاشم: **اشتراط الكتابة لإثبات عقود (الكفالة, الصلح, التحكيم)**، المحامون: مجلة تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية السورية بإشراف النقيب الأستاذ احمد عيدو، السنة64، العدد 1−2، كانون الثاني، شباط، 1999، ص5. وسأدرس الأهلية لاحقاً عند دراسة أركان عقد الكفالة.

(2) أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص39

المبحث الثالث

أطراف عقد الكفالة

يبدو من ظاهر عقد الكفالة أن لها ثلاثة أطراف وهم الكفيل والمكفول له (الدائن) والمكفول عنه (المدين) بالإضافة إلى المكفول به (محل عقد الكفالة أو موضوعها) [1].

والمكفول عنه (المدين) حقيقةً ليس له أي علاقة لأنه لا يعبر عن إرادته في العقد، وما علاقة الكفيل بالدائن إلا علاقة مستقلة في عقد الكفالة[2] عن علاقة المدين بالدائن أو علاقة المدين بالكفيل.

1- الكفيل

جاء في المادة 618 من مجلة الأحكام العدلية، الكفيل " هو الذي ضم ذمته إلى ذمة الآخر، أي الذي تعهد به الآخر ويقال لذلك الآخر الأصيل والمكفول عنه ".

فالكفيل هو كالأصيل، يتعهد بما تعهد به الأصيل، ويحق للدائن أو الطالب مطالبة أيٍّ شاء منهما (المادة 644 من المجلة) [3] ويشترط فيه أهلية التبرع (كما جاء في شرح المجلة لحيدر واللبناني للمادة 628).

وإذا كان مريضاً مرض الموت لا تصح كفالته إذا كان عليه دين مستغرق لتركته، وإذا كان غير مستغرق فتصح في حدود الثلث لأنه تبرع، قياساً على الوصية[4] (المادة 1605من المجلة)، وهذا الحكم اخذ به القانون المدني المصري لأنه أحال كل عمل قانوني يصدر من شخص مريض مرض الموت لأحكام الوصية (المادة 1/916مدني مصري) وأحكام الوصية تخضع للشريعة الإسلامية (المادة 519 مدني مصري) التي تتضمن ما ذكر سابقاً في المادة

(1) للمزيد: ما ورد في علاقة هذه الأطراف من خلال عرض أمثلة لهذه العلاقة في E.allan Francworth,William,F.young:**Contracts Cases and Material**, Third edition,p,127-128.

(2) القيسي، محمد، الكفالة في المنظورين الشخصي والمصرفي، مرجع سابق، ص37.

(3) المادة 967 من القانون المدني الأردني.

(4) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج5، مرجع سابق، ص284.

1605من المجلة[1] ويجب أن يكون الكفيل راضياً لأنه هو الطرف المهم في الكفالـــة فبمجـــرد إيجابه تنعقد الكفالة ما لم يردها المكفول له (كما جاء في المادة 621 من مجلة الأحكام العدلية).

ولا تصح الكفالة من المحجور عليه لسفه[2]، أما الكفيل المحجور عليه لفلـــس فتصـــح كفالته عند أبي حنفية لأن الحجر عليه في المال وليس في الذمة ولا يطالب الكفيل بالكفالة إلا إذا انفك عنه الحجر[3].

بالنسبة لمجلة الأحكام العدلية فإنه لم يوجد نص يذكر يسار الكفيل، لأنه قد تتوافر لـــدى الكفيل أموال للوفاء بالدين وقت انعقاد الكفالة، ولكن يفقدها عند التنفيذ أو العكس.

أما في القانون المدني المصري، فانه فضلاً على اشتراط أهلية التبـــرع فـــإن المشـــرع وضع شروطاً أخرى في المادة 774 "إذا المدين التزم بتقديم كفيل يجب أن يكون هـــذا الأخيـــر موسراً ومقيماً في مصر وله أن يقدم عوضاً عن الكفيل تأميناً عينياً كافياً". فهذه الشروط وفـــق المادة السابقة هي: أن يكون موسراً ومقيماً في مصر، وإن تخلفت الشروط التي نصـــت عليهـــا المادة السابقة، فإنه يجب على المدين تقديم تامينٍ عينيٍ، وبمفهوم المخالفة في هذا النص، أي إذا تقدم الكفيل دون علم المدين أو رغم معارضته، أو إذا اشترط الدائن كفيلاً معيناً، فلا يلزم المدين بتقديم كفيل آخر تتوافر فيه هذه الشروط وهي شرط يسار الكفيل والإقامة في مصر.

ويكفي في يسار الكفيل أن تكون الأموال عقارية أو منقولة قابلة للحجز تكفـــي للوفـــاء بالتزام المكفول.

ويسار الكفيل مسألة موضوعية تقدرها محكمة الموضوع، ويقع على عاتق المدين إثبات يسار الكفيل[4].

---

(1) المادة 843 من كتاب مرشد الحيران.

(2) الأنصاري، شمس الدين محمد بن أبي العباس الشهير بالشافعي الصغير:**نهاية المحتاج إلى شرح المنهـــاج**، الجـــزء الرابع، الطبعة الأخيرة، مصر: شركة مكتبة مطبعة مصطفى البابي الحلبي الحلبي، 1967، ص434.

(3) السرخسي، شمس الدين:**المبسوط**، الجزء التاسع عشر، الطبعة الثالثة، بيروت: دار المعرفة للطباعة والنشر، ص10. البهوتي، كشاف القناع، ج 3، مرجع سابق، ص358.

(4) يحيى، عبد الودود، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص15.

وأما بالنسبة لشرط الإقامة في مصر، فيقصد بها الإقامة المعتادة لا العارضة وذلك مراعاة لمصلحة الدائن والتسهيل عليه عند مطالبة الكفيل، أو أن تكون مصر هي الموطن المختار لتنفيذ ما ينشأ عن الكفالة من التزامات[1].

2- المكفول له

وهو كما وارد في المادة 619 من المجلة " هو الطالب أو الدائن في خصوص الكفالة".

ولا يشترط في المكفول له أهلية معينة لانعقاد الكفالة أو نفاذها، لأنه لا يعود عليه أي ضرر من الكفالة [2] ويشترط الحنفية أن يكون المكفول له معلوماً للكفيل، حتى يتمكن الكفيل من وفاء الحق إليه لأن طلب الحق والمخاصمة يقتضيان معرفة الغرماء بعضهم لبعض[3].

ولم تتناول مجلة الأحكام العدلية مثل هذا الشرط في أيٍّ من نصوصها ولكن يقول علي حيدرفي شرح المادة630 من المجلة " أما إذا كان المكفول له مجهولاً فليست الكفالة صحيحة"[4].

بالنسبة للحنابلة فلم يشترطوا معرفة المكفول له[5] واستدلوا على ذلك بما رواه سلمة من الأكوع – رضي الله عنه – "أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة ليصلي عليها فقال: هل عليه من دين ؟ فقالوا لا فصلى عليه، ثم أتى بجنازة أخرى، فقال: هل عليه من دين ؟ قالوا نعم، قال: صلوا على صاحبكم. قال أبو قتادة: عليّ دينه يا رسول الله، فصلى عليه "[6]، وواضح في الحديث الشريف أنه لم يسأل الرسول صلى الله عليه وسلم هل تعرفونه أو لا.

ويرى الباحث أن ما ذهب إليه الحنابلة هو الصواب، وذلك لما جاء في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم في جواز كفالة شخص غير معلوم للكفيل.

---

(1) مرقس، **الوافي**، مرجع سابق، ص26.

(2) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، مرجع سابق، ص751.

(3) الكاساني، البدائع، ج 5، مرجع سابق، ص6.

(4) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، المجلد الاول، مرجع سابق، ص 755.

(5) البهوتي، كشاف القناع، ج 3، مرجع سابق، ص366.

(6) البخاري، محمد بن اسماعيل أبو عبد الله الجعفي، الجامع الصحيح المختصر،799/2، حديث رقم(2168)،43- كتاب كتاب الحوالات، 3- باب إن أحال بين الميت على رجل أجاز.

ويشترط كذلك أن يكون المكفول له غير الكفيل لأنه لا يصح أن يكون الإنسان كفيلاً لنفسه، وإذا كان الأمر كذلك فإن الكفالة تعتبر باطلة لأن المجلة عرفت الكفالة بأنها ضم ذمة إلى ذمة فيفترض وجود ذمتين مستقليتين لكل منهما شخصية قانونية مستقلة[1].

وبالنسبة للقانون المدني المصري فعلى الرغم من أنه طلب رضا الدائن إلا أنه لا يشترط الرضا الصريح فيكفي استخلاص ذلك من القرائن والدلائل المحيطة بعقد الكفالة[2]، ولم يشترط أهلية معينة لهذا الرضا، لأن الدائن يحصل على منفعة من الكفالة ولا يصيبه ضرر(المادة 2/98 مدني مصري).

ومفهوم من طبيعة عقد الكفالة في القانون المدني المصري انه يطلب الإيجاب والقبول وعليه يجب أن يكون المكفول له معلوماً للكفيل.

3- المكفول به

المكفول به كما جاء في المادة 620 من مجلة الأحكام العدلية "هو الشيء الذي تعهد الكفيل بأدائه وتسليمه، وفي الكفالة بالنفس المكفول عنه والمكفول به سواء".

وتجدر التفرقة بين شروط الكفالة المالية والكفالة بالنفس. فشروط الكفالة المالية هي:

1- أن يكون المكفول به مضموناً على الأصيل(كما جاء في المادة 631 من المجلة) فلا تصح الكفالة بالوديعة لأنها غير مضمونة على المودع عنده.

2- أن يكون الدين المكفول به صحيحاً (المادة 776 مدني مصري والمادة 631 من المجلة)[3].

---

(1) استئناف مدني فلسطيني رقم 86 / 2003، تم الحصول عليه من قلم محكمة الاستئناف الفلسطينية، رام الله.

(2) السنهوري، الوسيط، ج 10، مرجع سابق، ص76.

(3) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج5، مرجع سابق، ص302. الدين الصحيح: وهو مالا يسقط بغير الأداء أو الإبراء حقيقةَ أو حكماً كبدل الإجارة، وقيمة المغصوب. والدين الغير صحيح هو ما يسقط بدون أداء أو إبراء كالنفقة التي تسقط بالأداء أو الإبراء أو بالطلاق أو بموت احد الزوجين، حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، المجلد الاول، مرجع سابق، ص760.

3- لا يشترط أن يكون المكفول به المال معلوماً (المادة 630 من المجلـــة) فتصـــح الكفالـــة بالمال المجهول.

وأما شروط المكفول به نفساً فهي:

1- أن يكون المكفول به نفساً معلوماً(المادة 630 من المجلة).

2- أن يكون المكفول به مقدور التسليم فلا تصح كفالة نفس ميت تعذر تسليمه[1].

3- لا تصلح الكفالة ببدن أو نفس من عليه حدّ وقصاص أو تعزير لأنه لا يمكــن اســتيفاء هذه الحقوق إلا من الجاني نفسه (المادة 632 من مجلة الأحكام العدلية).

والكفالة صحيحة بإحضار من عليه حدّ وعليه قصاص لأن الكفيل لا يضمن إقامة الحــد أو القصاص وإنما يضمن إحضار الجاني لإقامة الحد عليه[2].

4- المكفول عنه

سبق القول إن المكفول عنه أو المدين ليس طرفاً في عقد الكفالة ولكن في كثيــر مــن الأحيان تنعقد الكفالة لمصلحته[3]، ولم تذكر المجلة تعريفاً للمكفول عنه، إلا من خلال تعريــف الكفيل في المادة 618 من المجلة "الكفيل هو..... أي الذي تعهد بما تعهد به الآخر ويقال لــذلك الآخر الأصيل والمكفول عنه".

أما شروط المكفول عنه فهي:

1- لا يشترط أن يكون المكفول عنه عاقلاً وبالغاً، فيجوز كفالة الصغير والمجنون...(المــادة 629 من مجلة الأحكام) [4].

---

(1) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، ص763.

(2) مصطفى، محمود، الكفالة أنواعها وطرق الإبراء منها، مرجع سابق، ص48.

(3) سأبحث ذلك عند دراسة سبب الكفالة في الفصل الثاني.

(4) أيضاً الكاساني، البدائع، ج5، مرجع سابق، ص6.

2- لا يشترط أن يكون المكفول عنه معلوماً (المادة 629 من مجلة الأحكام).

3- لا يشترط يسار المكفول عنه وتصح الكفالة عن المفلس (المادة 633 من مجلة الأحكام).

ويرى أبو حنيفة انه لا تنتهي الكفالة عن ميت مفلس إذا وجدت قبل موته، ولكنها غير جائزة بعد الموت لسقوط الدين عن الميت أصلاً، لأن ذمة الميت خربت فلم يبقى فيها دين، فالكفالة بدين ميت ساقطة لا تصح.

ويرى آخرون من المالكية[1] عدم اشتراط قدرة الميت على تسليم المكفول به لصحة الكفالة واستندوا إلى:

أ- حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم " الزعيم غارم"[2] والحديث يدل على صحة الكفالة عن كل شخص ثبت في ذمة حق لغيره، فتصح عن الحي والمفلس والمليء.

ب- حديث سلمة بن الاكوع: " أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة....قال أبو قتادة: علي دينه يا رسول الله: فصلى عليه "[3].

وهذا الحديث واضح أنه تجوز كفالة دين مفلس.

ويرى الباحث أن ما جاء به الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة هو الصواب لما استدلوا به من أحاديث رسول الله صلى الله عليه وسلم.

---

(1) ابن جزي, **القوانين الفقهية**, بيروت: دار الكتب العلمية, ص214.

(2) داود، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، 17- كتاب البيوع باب: في تضمين العارية، ج2، ص319، حديث رقم(3565)/ ورواه أيضاً الترمذي، محمد بن عيسى أبو عيسى السلمي، الجامع الصحيح، سنن الترمذي، دار احياء التراث العربي، بيروت، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، كتاب: البيوع: باب:ما جاء أنَ العارية مؤداه، قال: ابو عيسى حديث حسن غريب، ج3، ص565، حديث رقم"1265".

(3) البخاري، محمد بن اسماعيل أبو عبد الله الجعفي، الجامع الصحيح المختصر،799/2، حديث رقم(2168)،43- كتاب الحوالات، 3- باب إن أحال بين الميت على رجل أجاز.

وفيما يتعلق بمجلة الأحكام العدلية فقد جاء فيها في المادة 633 " لا يشترط يسار المكفول عنه وتصح الكفالة عن المفلس أيضاً " ولم تشترط مجلة الأحكام أن يكون المكفول المفلس حياً حتى تصح الكفالة عنه لذا تجوز الكفالة عن المكفول عنه الميت أيضاً[1].

4- وفيما يتعلق برضا المكفول عنه: فقد جاء في المادة 657 من مجلة الأحكام العدلية " لو قال واحد لآخر اكفلني بديني الذي هو لفلان فبعد أن كفل وأدى الدين تحسب كفالته لو أراد الرجوع على ألاصيل... ".

وواضح من النص أن الكفالة لو كانت بأمر المكفول عنه فإن للكفيل حق الرجوع عليه بشرط أن يكون الآخر (المكفول عنه) ممن يصح إقراره بالديون فلو كان صبياً محجوراً عليه، أو مجنوناً وأمر أن يكفل عنه شخصاً وأدى هذا الشخص، لا يرجع هذا الأخير على الصبي أو المجنون، أما إذا كان مأذوناً بالتجارة وأمر شخصاً بكفالته، فهذا جائز ويحق للكفيل الرجوع، أما إذا كانت الكفالة بغير إذن المكفول عنه فلا يحق له الرجوع على الكفيل[2].

وأما في القانون المدني المصري فقد جاء في المادة 775 " تجوز كفالة المدين بغير علمه وتجوز أيضاً رغم معارضته " فالقانون المدني المصري لم يشترط رضا المدين لانعقاد الكفالة[3] أما ما جاءت به المادة 800 مدني مصري فهو " للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة عقدت بعلمه أو بغير علمه " فهذه المادة واضحة في حق الكفيل في الرجوع على المدين سواء كانت الكفالة بعلمه أو بغير علمه[4].

---

(1) وقد جاء في قانون التنفيذ الفلسطيني رقم 23 لسنة 2003 في المادة 161" لا حاجة لطلب إثبات اقتدار الأشخاص المذكورين أدناه عند طلب حبسهم:1 /الذين صدق كاتب العدل على اقتدارهم والذين كفلوا المدين في دائرة التنفيذ " حيث لا يجوز للكفيل التذرع بعدم الاقتدار على دفع القسط الذي التزم بدفعة أمام دائرة الإجراء، هذا ما جاء في استئناف مدني فلسطيني رقم 45 /86، وارد في: القاضي عواد، نصري إبراهيم بإشراف القاضي موريس زيادة: **مجموعة المبادىء القانونية الصادرة عن محكمة الاستئناف في الدعاوي الحقوقية لعام** 1985، القدس: مطبعة المعارف، 198، ص46. هذا الحكم مطابق للمادة 125 من قانون الإجراء القديم الذي كان مطبق في فلسطين ونص المادة 125 مطابق للمادة 161 من قانون التنفيذ الفلسطيني لستة 2005.

(2) اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ص360

(3) أنظر الطعن مدني مصري رقم 227لسنة 37 بتاريخ 1972/12/28 سنة المكتب الفني 23 وارد في CD مكتبة أحكام المحاكم العربية العليا، مرجع سابق.

(4) سأدرس ذلك بالتفصيل عند دراسة علاقة الكفيل بالمدين.

الفصل الأول

أنواع الكفالة وتمييزها عن النظم القانونية المشابهة

يتناول هذا الفصل مبحثان

المبحث الأول: أنواع الكفالة

المطلب الأول: أنواع الكفالة من حيث مصدر الالتزام بها

المطلب الثاني: أنواع الكفالة حسب طبيعتها

المبحث الثاني: تمييز الكفالة عن النظم القانونية المشابهة

المطلب الأول: الكفالة والتضامن والتضامم

المطلب الثاني: الكفالة والحوالة

المطلب الثالث: الكفالة والكفالة العينية والتأمينات العينية

المطلب الرابع: الكفالة والإنابة الناقصة

المطلب الخامس: الكفالة وتأمين الإعسار

المطلب السادس: الكفالة والوكيل بالعمولة الضامن

المطلب السابع: الكفالة والتعهد عن الغير

المطلب الثامن: الكفالة والفضالة

المطلب التاسع: الكفالة والضمان الناشيء عن تظهير الأوراق التجارية

الفصل الأول

أنواع الكفالة وتمييزها عن النظم القانونية المشابهة

المبحث الأول

أنواع الكفالة

إن الكفيل يلتزم بالكفالة وفق مصدر الالتزام بها سـواء أكانـت اتفاقيـة أم قانونيـة أم قضائية، ومدى التزام الكفيل ومسؤوليته تتحدد وفقاً لطبيعة هذه الكفالة مدنية كانت أم تجارية.

المطلب الأول: أنواع الكفالة من حيث مصدر الالتزام بها

وضح سابقاً انه إذا التزام المدين بتقديم كفيل، وجب عليه أن يقدم كفيلاً موسراً ومقيمـاً في مصر (المادة 774 مدني مصري)، ومصدر التزام المدين بتقديم كفيل يكون:

- الفرع الأول: الكفالة الاتفاقية
- الفرع الثاني: الكفالة القانونية
- الفرع الثالث: الكفالة القضائية
- الفرع الرابع: الأهمية العملية للتفرقة بين الكفالة الاتفاقية من جهة والكفالـة القضـائية والقانونية من جهة أخرى

الفرع الأول: الكفالة الاتفاقية

وهي التي تكون بموجب اتفاق بين الدائن والمدين على أن يقدم الأخير كفيلاً، مقابـل أن يمنحه الدائن أجلاً أو قرضاً (فالعقد شريعة المتعاقدين)، أو أن يتقدم الكفيل من تلقاء نفسـه بـأن يؤدي خدمة للمدين أو الدائن[1].

---

(1) يحيى، عبد الودود، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص13.

إن مجلة الأحكام العدلية في المادة 621[1] اعتبرت بشكل عام أن الكفالة تنعقـد وتنفـذ بإيجاب الكفيل وحده، وتبقى صحيحة ما لم يردها المكفول له (الدائن)، وعليه لو كفـل الكفيـل المدين قبل الدائن في غياب الأخير ثم مات الأخير كانت الكفالة صحيحة وواجبة على الكفيـل. ولو اشترطت مجلة الأحكام قبول المكفول له لاشترطت له أهلية معينة.

وأما القانون المدني المصري: فاعتبر أنّ الكفالة بحسب المادة 772 "عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بان يفـِ بهذا الالتزام إذا لم يفـِ به المدين نفسه".

ويكفي في القانون المدني المصري أن يكون رضا الدائن ضـمنا لأن الكفالـة انعقـدت لمصلحته (المادة 98 مدني مصري)، أما رضاء الكفيل فبعضهم اشترط أن يكون رضاه صريحاً [2]، وبعضهم اكتفى أن يكون ضمناً[3].

الفرع الثاني: الكفالة القانونية

في هذا النوع من الكفالة يلزم المدين بتقديم كفيل تطبيقاً لنصـوص القـانون[4] فيكـون مصدر التزام المدين بتقديم الكفيل هنا هو القانون.

ولم تأخذ مجلة الأحكام العدلية بهذا النوع من الكفالة، فهي لم تأخذ إلا بالكفالة الاتفاقيـة التي تكون برضا الكفيل.

وأما القانون المدني المصري فقد أورد في بعض نصوصه ما يلزم المدين بتقديم كفيـل، ومنه:

---

(1) تقابل المادة 951 مدني الأردني.

(2) سعد، نبيل، التامينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص268.

(3) زكي، محمود، دروس في التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 30-31.

(4) الطعن مدني مصري 237 لسنة50ق. جلسة 1984/2/16، والطعـن مـدني مصـري 2077لسـنة 50ق، جلسـة 1984/6/7، اللذان عرفان الكفيل القانوني هو الذي يلتزم المدين بتقديمه نفاذاً للنصوص القانونية .... العمروسي، أنور، التضامن والتضامم والكفالة في القانون المدني، مرجع سابق، ص295.

* ما ورد في القانون المدني المصري في المادة 2/457 " إذا تعرض أحد للمشتري مستنداً إلى حق سابق على البيع، أو آيل من البائع، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من المشتري جاز له ما لم يمنعه بشرط في العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر، ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطلب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلاً".

والمادة 992 مدني مصري "انه إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولاً، وجب جرده ولزم المنتفع بتقديم كفالة به، فإن لم يقدمها بيع المال المذكور ووظف ثمنه في شراء سندات عامه يستولي المنتفع على أرباحها"[1].

*وكذلك ما ورد في قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999[2] في المادة 2/432 "إذا كانت الكمبيالة محررة من عدة نسخ وضاعت النسخة التي تحمل صيغة القبول، فلا يجوز المطالبة بوفائها بموجب النسخ الأخرى إلا بأمر القاضي المختص وبشرط تقديم كفيل".

والمادة 433 من نفس القانون " يجوز لمن ضاعت كمبيالة مقبولة أو غير مقبولة، ولم يتمكن من تقديم إحدى النسخ الأخرى أن يستصدر أمراَ من القاضي المختص بوفائها بشرط أن يثبت ملكيته لها وان يقدم كفيلاً ".

*وكذلك ما ورد أيضا في قانون المرافعات المدنية رقم 25 لسنة 1971[3]، في المادة 595 "لا يجوز إيقاع البيع إلا بمن يدفع الثمن نقداً في الجلسة أو لمن يكون معروفاً أو لمن يقدم كفيلاً مقتدراً"[4].

ومن أمثلة الكفالة القانونية – حسب القضاء المصري- مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، فالمتبوع يكفل فيما يرتكب الأخير من خطأ يصيب غيره بالضرر ما دام للمتبوع حق التوجيه والرقابة على التابع أو إذا وقع الخطأ الذي ارتكبه التابع أثناء تأدية وظيفة أو

---

(1) المواد 2/992و 2/605 و2/608 و 22/273 و2/274 و588 و2/895 و2/1010 و2/988 مدني مصري.

(2) سأشير إلية لاحقاً بتجارة مصري.

(3) سأشير إلية لاحقا بمرافعات مدني مصري.

(4) أيضا المادة 289 مرافعات مدني مصري.

بسببها[1].ولكن يرى الباحث أن حكم القضاء المصري محل تظر لان مسؤولية التبوع مسؤولية قانونية حسب المادة 174والمادة 175 مدني مصري.

وذهبت محكمة النقض المصريه في كثير من قراراتها إلى اعتبار المتبوع في حكم الكفيل المتضامن مع التابع، كفالة مصدرها القانون وليس العقد[2].

وقد يكون مرجع الكفالة القانونية اتفاقية دولية مثل الاتفاقية الدولية الخاصة بالاستيراد المؤقت للسيارات التي وافقت عليها جمهورية مصر العربية بالقانون رقم 199 لسنة 1956 المنشور بالوقائع المصرية 1956/5/6[3] وبهذا أصبحت الاتفاقية قانوناً داخلياً كما هو الحال بالنسبة للمعاهدات التي تمت الموافقة عليها. وملخص هذه الاتفاقية بالنسبة للكفالة أن نادي السيارات يعتبر كفيلاً متضامناً بحكم القانون مع طالب الترخيص[4].

وأما القانون المدني الفلسطيني فقد أورد المشرع ما يوجب تقديم كفالة قانونية في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001[5]، مثلاً عند تقديم طلب حجز تحفظي من الدائن على مال المدين، فقد جاء في المادة 2/266 أصول محاكمات مدني وتجاري

---

(1) المادة 3/173 " ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسؤولية إذا اثبت انه قام بواجب الرقابة أو اثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية " وتقابل المادة 174 المادة 193 من المشروع المدني الفلسطيني.

(2) الطعن مدني مصري رقم 657 لسنة 42-جلسة 1978/5/8 ص 29ص1180والطعن مدني مصري رقم 502 لسنة 44ق. -جلسة 1977/12/14 س28 ص1798 والطعن مدني مصري رقم 522 لسنة 45ق-جلسة 1983/1/13 س534 ص202 والطعن مدني مصري رقم871ل لسنة 50ق- جلسة 1984/5/20، العمروسي، أنور، التضامن والتضامم والكفالة في القانون المدني، مرجع سابق، مرجع سابق، ص293-297.

(3) للمزيد: الطعن مدني مصري رقم 2077 لسنة 50ق-جلسة 1984/6/7 والطعن مدني مصري رقم 237 لسنة 50ق-جلسة 1984/2/6، العمروسي، أنور، التضامن والتضامم والكفالة في القانون المدني، مرجع سابق، ص296.

(4) الطعن مدني مصري رقم 66 لسنة 48 ق-جلسة 1980/12/22س31 ص2091مشار اليه في: المستشار عبد التواب، معوض: **المستحدث في القضاء التجاري – أحكام النقض في إحدى وعشرين عاما 1995/1974**، الطبعة الثانية، الإسكندرية: توزيع منشاة المعارف 1970، ص562 وزهران، همام محمد محمود: **التأمينات العينية والشخصية**، د.ط، د.ن، 2002، ص44.

(5) سأشير إلية لاحقا بأصول محاكمات مدني وتجاري فلسطيني.

فلسطيني" يجب أن يقترن طلب الحجز بكفالة يضمن ما قد يلحق بالمحجوز علية من عطل وضرر إذا ظهر أن طالب الحجز غير محق في دعواه "[1].

وكذلك ما نصت علية المادة 277 أصول محاكمات مدني وتجاري فلسطيني" إذا اقتنعت المحكمة بناء على ما قدم إليها من بينات بأن المدعي عليه أو المدعي الذي أقيمت ضده دعوى متقابلة قد تصرف بجميع أموالة أو هربها إلى خارج فلسطين وأنه على وشك أن يغادرها وبقصد عرقلة تنفيذ أي قرار قد يصدر في حقه جاز لها أن تصدر مذكرة تأمره بالمثول أمامها وأن تكلفة بتقديم كفالة مالية تضمن ما قد يحكم به عليه، فإذا امتنع عن تقديم كفالة تقرر منعة من مغادرة البلاد لحين الفصل في الدعوى ".

الفرع الثالث: الكفالة القضائية

ويكون الكفيل هنا ملزماً بتقديم كفيل بمقتضى حكم قضائي إنصياعاً لنصوص معينة في القانون.

ومن أمثلة هذه النصوص ما ورد في المادة 3/829 مدني مصري "1- للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا قي سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية، والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان، 2- وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية، أن تقرر مع هذا ما تراه مناسباً من التدابير، ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما يستحق من التعويضات"، وكذلك المادة 2/900 مدني مصري "يجوز للورثة بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد المطالبة

---

(1) أما بالنسبة لتحديد نوع الكفالة ومقدارها فقد نصت المادة 24 من قانون التنفيذ الفلسطيني رقم (23) لسنة 2005 على أنه " في الأحوال التي لا يجوز فيها تنفيذ الحكم إلا بكفالة تتولى المحكمة تحدد نوع ومقدار الكفالة، على أن تراعي كفايتها لإزالة آثار التنفيذ المعجل وإعادة الحال إلى ما كان عليه إذا تبين فيما بعد عدم الأحقية فيه وألغت محكمة الاستئناف الحكم محل التنفيذ ".

بان يتسلموا بصفة مؤقتة، الأشياء أو النقود التي لا يحتاج لها في تصفية التركة، أو أن يتسلموا بعضاً منها، وذلك مقابل كفالة، أو بدون تقديمها".

*ما ورد أيضا في المادة 469 مرافعات مدني مصري " يجب الأمر بالنفاذ المعجل رغم قابلية الحكم للاستئناف أو الطعن فيه بهذه الطريقة مع الكفالة أو بدون في الأحوال الآتية:

1- إخراج المستأجر الذي أنهى عقده أو فسخ. 2- إخراج شاغل العقار الذي لا مسند له إذا كان ملك المدعي أو حقه غير مجحود أو ثابتا بسند رسمي. 3- إجراء الإصلاحات العاجلة. 4- تقدير نفقة وقتية أو نفقة واجبة. 5- أداء أجور الخدم أو الصناع أو العمال أو مرتبات المستخدمين ويجوز في هذه الأحوال أن تأمر بالنفاذ المعجل بكفالة أو يدونها، رغم قابلية الحكم للمعارضة أو الطعن فيه بهذه الطريقة".

أما فيما يتعلق بالقانون الفلسطيني فقد جاء في المادة 111 والمادة 14 أصول محاكمات مدني وتجاري فلسطيني أمثلة على الكفالة القضائية، فتنص المادة "111" يجوز لقاضي الأمور المستعجلة عند إصدار قراره بمنع المستدعي ضده من السفر بناء على أسباب جدية تدعو إلى الاعتقاد بأنه على وشك مغادرة فلسطين أن يكلف المستدعي بتقديم كفالة مالية لضمان ما قد يصيب المستدعي ضده من عطل أو ضرر إذا يتبين أنه غير محق في دعواه". وجاء في المادة 114 أن " لقاضي الأمور المستعجلة أن يكلف طالب الإجراء بتقديم كفالة مالية تضمن للمستدعي ضده كل عطل أو ضرر يترتب على الإجراء المتخذ إذا تبين أن المستدعي غير محق في دعواه"[1].

وكذلك جاء في المادة 23 من قانون التنفيذ الفلسطيني رقم (23) لسنة 2005 أنه "يجوز للمحكمة بناء على طلب من ذي الشأن أن تأمر بشمول حكمها بالتنفيذ المعجل بكفالة أو بغير كفالة إذا قدرت رجحان حق المحكوم له وكان يخشى من تأخير التنفيذ وقوع أضرار جسيمة

(1) نقض مدني فلسطيني رقم 29 /2003 قرار رقم 8، تم الحصول عليه من قلم محكمة الاستئناف الفلسطينية، رام الله.

بمصالحه". وجاء في المادة 3/26 من قانون التنفيذ الفلسطيني "يجوز للمحكمة عندما تأمر بوقف التنفيذ أن توجب تقديم كفالة أو تأمر بما تراه كفيلاً بحماية حق المحكوم له".

وجاء في المادة 138 إجراءات جزائية فلسطيني رقم 3 لسنة 2001 " للمحكمة التي تقدم إليها طلب الإفراج بكفالة وبعد سماع أقوال الطرفين أن تقرر:

1- الإفراج بكفالة. 2- رفض طلب الإفراج. 3- إعادة النظر في الأمر السابق الصادر عنها".

ويرى الباحث أن أمر تقديم الكفالة القضائية يكون للسلطة التقديرية للقاضي، فهو من يقرر أن يحكم بالكفالة أو لا، وذلك من خلال النصوص التي تتضمن .....مقابل كفالة أو بدون تقديمها...ويجوز لقاضي الأمور المستعجلة... وذلك بعكس الكفالة القانونية التي يأمر فيها القانون بنص أن يقدم المدين كفيل، ويجب على القاضي أن يحكم بها انصياعاً للقانون، ولا حرية له في تقدير عدم وجوبها، مثل ما ورد سابقا في...أنه يجب أن يقترن طلب الحجز بكفالة...و بشرط تقديم كفيل...

ويترتب على عدم تقديم كفالة في الكفالة القضائية أن الحكم صحيح، أما في الكفالة القانونية فالحكم باطل لأنه خالف نصاً قانونياً واجب التطبيق.

وإذا كان الأصل مصدر التزام الكفيل الإتفاق أو القانون وكان حكم القاضي يقرّ هذا الالتزام فالكفالة قانونية أو اتفاقية وليست قضائية.

الفرع الرابع: الأهمية العملية للتفرقة بين الكفالة الاتفاقية من جهة والكفالة القضائية والقانونية من جهة أخرى

وتظهر هذه الأهمية في مدى التزام الكفيل ومسؤوليته تجاه الدائن في القانون المدني المصري، فقد جاء في المادة 795 مدني مصري " في الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائماً متضامنين "[1].

---

(1) تقابل المادة 932 من المشروع المدني الفلسطيني.

أما الكفلاء في الكفالة الاتفاقية فلا يكون التضامن بينهم إلا بنص في العقد(1).

فمركز الكفيل القانوني أو القضائي في المادة795 مدني مصري أشد من مركز الكفيل الإتفاقي، فالكفيل القضائي أو القانوني متضامن مع غيره من الكفلاء بنص القانون، إذ تعتبر المادة 795مدني مصري إحدى الحالات التي يكون فيها الكفلاء متضامنين بنص القانون الوارد في المادة279 مدني مصري التي تنص على أن "التضامن بين الدائنين والمدينين لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون".

وفي مجلة الأحكام العدلية الكفالة تضامنية سواء أكانت بين المدين والكفيل أم بين الكفلاء أو بينهم وبين المدين (ما ورد في المواد 612 و634 و644 و645 من المجلة).

ومن نص المادة 795 مدني مصري يرى بعضهم(2) انه لا يجب التوسع فيها واعتبار أن التضامن يشمل العلاقة بين الكفلاء عند تعددهم أما الكفيل والمدين فلا تضامن بينهم، وذلك لنص المادة الاستثنائي من القاعدة العامة، حيث إن الأصل لا تضامن إلا باتفاق أو بنص القانون، وكذلك لو أراد المشرع الأخذ بقاعدة تضامن الكفيل مع المدين لاحتفظ بالصيغة الأولى للمادة 2/1105 من المشروع التمهيدي الذي يقضي "الكفلاء متضامنين دائما سواء فيما بينهم أو في علاقتهم بالمدين".

وهناك رأي آخر(3) يقول بتعميم التضامن بين المدين والكفيل وبين الكفلاء في حالة تعددهم. وذلك استناداً إلى عموم صياغة 795 مدني مصري الواردة أعلاه، وكذلك بما يتفق مع صياغة المادة 1155 من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري التي نصت على:-

1- لا يفترض التضامن بين الكفيل والمدين بل يجب اشتراط التضامن ما بين الكفلاء في عقد الكفالة أو في عقد مستقل.

2- يجب اشتراط التضامن ما بين الكفلاء الملتزمين بعقد واحد.

---

(1) تناغو، سمير السيد، التامينات الشحصية، مرجع سابق، ص33.

(2) زكي، محمود, دروس في التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق, ص36-37.

(3) زهران، همام، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص45.

3- أما في الكفالة القضائية أو القانونية فيكون الكفلاء دائما متضـامنين "إن الفقـرة الثالثـة جاءت استناداً للفقرة الأولى والثانية، وقد حذفت الفقرة الأولى والثانيـة، وذلـك تطبيقـاً لأحكام عامة، واستبقت على الفقرة الثالثة وأنه يغلب الظن أنهـا أرادت أن تكـون فيمـا جاءت به افتراض التضامن سواء بين الكفيل والمدين أو بين الكفلاء في حالة تعددهم[1].

ويرى الباحث أن التفسير الصواب للمادة 795، ما جاء به الرأي الثاني، باعتبار الكفيل القانوني متضامناً مع المدين ومع غيره من الكفلاء إذا تعددوا, فجمـع الكفـلاء يعنـي الكفيـل القانوني المتضامن مع المدين والكفلاء الآخرين أو الكفيل القضائي المتضامن مع المدين أو مـع غيره من الكفلاء الآخرين ويكون الكفلاء متضامنين مع المدين ومـع بعضـهم بعضـا بـنص القانون.

وما يؤكد هذا الرأي ما جاءت به محكمة النقض المصرية في الطعن 23 لسـنة 50ق – جلسة 1984/2/16 والطعن 772 لسنة 50ق-جلسة 1984/6/17[2] التي اعتبرت فيهما الكفيل القانوني متضامناً مع المدين أمام الدائن.

وبما أننا بصدد مشروع قانون مدني فلسطيني فيرى الباحث ضرورة أن يعالج المشـرع الفلسطيني توضيح المسألة السابقة وأن يزيل الغموض في تفسير المادة 932 من المشروع (التي تطابق نص المادة795 مدني مصري التي سبق وذكر الغموض في تفسيرها) وأن يعـدلها بمـا يتناسب مع مصلحة الدائن بحيث يجعل الكفيل والمدين متضامنين وعدم اقتصارها على الكفـلاء إذا تعددوا.

المطلب الثاني: أنواع الكفالة وفق طبيعتها

قد تكون طبيعة الكفالة تجارية أو مدنية، ولهذه التفرقة بـين النـوعين أهميـة عمليـة سنوضحها، وسأتناول في هذا المطلب ثلاثة فروع:

---

(1) أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص54-55.

(2) العمروسي، أنور،التضامن والتضامم والكفالة في القانون المدني، مرجع سابق، ص295.

- الفرع الأول: الكفالة المدنية.
- الفرع الثاني: الكفالة التجارية.
- الفرع الثالث: الأهميه العملية للتفرقة بين الكفالة المدنية والكفالة التجارية.

الفرع الأول: الكفالة المدنية

إن عقد الكفالة المدنية بطبيعته يتسم بالتبرع خدمة للمدين، ولا يقصد منه الربح[1]. وقد استنبط ذلك شراح القانون المدني الأردني[2] وشراح مجلة الأحكام العدلية من المادة 628 من المجلة التي نصت على أنه "يشترط أن يكون الكفيل عاقلاً وبالغاً فلا تصح كفالة المجنون والمعتوه والصبي". أي يشترط أهلية التبرع وعليه فالعمل تبرعي[3] وكذلك أجمع شراح القانون المدني المصري أن عقد الكفالة من عقود التبرع.

واعتبر القانون المدني المصري في الأصل أن الكفالة مدنية وأكد على ذلك اعتبار الكفالة الناشئة عن دين تجاري كفالة مدنية وتخضع لأحكام الكفالة في القانون المدني حتى لو كان الكفيل تاجرا(المادة 1/779 مدني مصري) ومفاد هذه المادة:

1- يجب أن يكون محل الدين تجارياً دفعاً لشبهة بصدده حول اعتباره عملاً مدنياً أو تجارياً[4].

2- اعتبار كفالة الدين عملاً مدنياً أي يخضع للقانون المدني وليس للقانون التجاري.

3- سيان أن يكون الكفيل تاجراً أو غير تاجر.

---

(1) مرسي، محمد، العقود المسماة، ج1، مرجع سابق، ص83.

(2) الزحيلي، وهبه: **العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني**، الطبعة الأولى، دمشق: دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، 1987، ص326. والسرحان، عدنان، مرجع سابق،ص183، راجع ما ورد سابقاَ أن من خصائص عقد الكفالة إنه تبرع، ص14، ماورد أيضاً في قرار محكمة التمييز الاردنية رقم1990/663 لسنة 1990, تم الحصول عليه من الموقع الالكتروني .http://www.qanoun.com بتاريخ 2006/7/12 الساعة العاشرة صباحاً.

(3) اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ص628. حيدر، شرح درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، المجلد الاول، مرجع سابق، ص749.

(4) يحيى، عبد الودود، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص11.

و يؤكد ما جاء في المادة 1/779 مدني مصري السالفة الذكر، ما نصت علية المادة 48 تجارة مصري " لا تعتبر كفالة الدين عملاً تجارياً إلا إذا نص القانون على ذلك أو كان الكفيل بنكاً أو كان تاجراً وله مصلحة في الدين المكفول " بمفهوم المخالفة للشق الأول من النص السابق (لا تعتبر كفالة الدين عملا تجارياً...) فالأصل أن كفالة الدين التجاري تعتبر عملاً مدنياً وتخضع للقانون المدني ولا تخضع لقانون التجارة إلا إذا نص القانون على ذلك أو كان الكفيل بنكاً أو كان تاجراً وله مصلحة في كفالة الدين التجاري فالكفالة تجارية وتخضع لقانون التجارة.

فالأصل إذن أن الكفالة مدنية حتى لو كان الكفيل تاجراً[1] أو كان الالتزام الأصلي المكفول تجارياً، وهذا استثناء على الأصل على اعتبار أن التزام الكفيل تابع للالتزام الأصلي[2].

ولم يبين النص إذا كان الدين تجارياً والكفيل تاجراً ومحترفاً الأعمال التجارية بمقابل, ويرى الباحث في هذه الحالة تطبيق قانون التجارة لأن الكفيل يأخذ مقابلاً من الدائن وعليه فالعقد معاوضة وليس تبرعاً، وكذلك فان عملية احتراف الكفالة بمقابل (يكون القصد منها الربح، ولا مجانية ولا تبرع في العمل التجاري)[3].

الفرع الثاني: الكفالة التجارية

سبق القول الأصل أن كفالة الدين التجاري تعتبر عملاً مدنياً إلا إذا نص القانون على ذلك (المادة 1/48 تجارة مصري) وقد ورد نص في القانون ما يوجب خضوع كفالة الدين التجاري لقانون التجارة فنصت المادة 2/779 تجارة مصري "أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً أو عن تظهير هذه الأوراق تعتبر عملاً تجارياً". إذن يعتبر عمل الكفيل تجارياً بصفة أصلية بنص القانون:

---

(1) السنهوري، الوسيط، ج 10، مرجع سابق، ص67.

(2) السنهوري، الوسيط، ج 10، مرجع سابق، ص36.

(3) المادة 55 من قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة1966 التي تنص كل التزام تجاري يقصد به القيام بعمل أو بخدمةلايعد معقوداً على وجه مجاني..."، سأشير إلية لاحقا بتجارة أردني.

1- إذا قام الكفيل بضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً[1]. قد يطلب حامل الورقة التجارية ضماناً شخصياً للوفاء (كفيل) للوفاء بقيمتها، فيوقع الكفيل على الورقة بوصفه كفيلاً لأحد الموقعين عليها فيضمن إما قبول المسحوب عليه للورقة وإما الوفاء بقيمتها (المادة 418 تجارة مصري).

فالأصل أن الضامن الاحتياطي كفيل متضامن مع المضمون من حيث الحقوق والواجبات[2] فيكون التزامة باطلاً متى كان التزام المضمون باطلاً وهذا مقتضى التبعية, ولكن المشرع خرج عن القواعد العامة في المادة 420 تجارة مصري التي تنص " يكون التزام الضامن صحيحاً لو كان الالتزام الذي ضمنة باطلاً لأي سبب كان ما لم يكن مرده عيب في الشكل"[3] وهذا الخروج عن القواعد العامة مرده إلى سببين:

أ- طبق المشرع في المادة السابقة مبدأ استقلال التوقيعات الذي يحكم الأوراق التجارية[4]، فإذا ألزم المضمون نفسه ووقع على الورقة التجارية وكان التزامة باطلاً كانعدام أهليته والسبب غير مشروع، فإن التزام الضامن الاحتياطي صحيح ولا يستطيع أن يتمسك بالدفوع الخاصة بالمضمون[5] (أما إذا كان التزام المضمون باطلاً بسبب عيب في الشكل كنقص في بعض بيانات السند الإلزامية ففي هذه الحالة يستطيع الضامن الاحتياطي (الكفيل) أن يتمسك بهذا الدفع لإبطال التزامه).

---

(1) يحيى، عبد الودود، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص10. ورد في المادة 2/916 من المشروع المدني الفلسطيني " على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية يكون بالنسبة للكمبيالة، بينما السند الأدنى والشيك لا يعتبر كذلك إلا في حالة فيما إذا حرر الدينيين من طبيعة تجارية أو كان محررهما تاجراً. عندئذ يكون الضمان للسند والشيك ضماناً احتياطياً بمثابة كفيل وتكون كفالته تجارية " مشار إليه في المشروع المدني الفلسطيني.

(2) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1987/213لسنة 1987, تم الحصول عليه من الموقع الالكتروني http://www.qanoun.com بتاريخ 2006/7/12 الساعة العاشرة صباحاً.

(3) تقابل المادة 2/163 تجارة أردني.

(4) العكيلي، عزيز عبد الأمير:**الأوراق التجارية في القانون التجاري الأردني واتفاقيات جنيف الموحدة**، عمان: دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، 1993، ص220.

(5) المادة 1/130تجارة أردني.

ب- أن الكفالة الناشئة من الضامن الاحتياطي هي كفالة تجارية بنص القانون ويطبق عليها قانون التجارة، بالتالي الكفلاء متضامنون فيما بينهم ومتضامنون مع المدين(المـــادة 53 تجارة أردني والمادة 47 تجارة مصري). فلا يجوز للضامن الاحتياطي التمسك بالدفع بالتجريد أو التقسيم، فالتزام الضامن الاحتياطي التزام مستقل عن التزام المضمون، وإذا تمت مطالبة الضامن بأداء المبلغ يتعين عليه أداؤه.

وإذا قام الضامن بالوفاء بقيمة الورقة فيحق له الرجوع على الضامن بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية[1]، ولا يستطيع الضامن الرجوع على المـــوقعين اللاحقـــين لان الضـــامن الاحتياطي في مركز الضامن فلا يجوز أن يرجع عليهم بالضمان.

2- تظهير الأوراق التجارية[2].

يعني تظهير الأوراق التجارية: تداول الورقـــة التجاريـــة لأداء وظائفهـــا الاقتصـــادية باعتبارها أداة وفاء وائتمان[3]. وكلما زادت التوقيعات على الورقة التجارية زاد الضمان المقرر لها، حيث يضمن كل مظهر الوفاء بالورقة (وهنا تظهر أهمية المظهر الذي يعتبر كفـــيلاً بـــأداء الورقة التجارية)، والمظهرون ملتزمون بالتضامن قبل حاملها، وللحامل الرجوع إلى المظهرين منفردين أو مجتمعين دون مراعاة ترتيب التزامهم, وإذا أقام الحامل بـــالرجوع علـــى أيٍّ مـــن المظهرين لا يحول ذلك دون الرجوع إلى الباقين ولو كانوا لاحقين للمظهر أو الملتـــزم الـــذي وجهت إليه الدعوى أولاً (المادة 442 تجارة مصري)، ويجوز لمن أوفى قيمة الورقة التجاريـــة

---

(1) سامي، فوزي محمد: **شرح القانون التجاري الأردني**، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشـــر والتوزيع، 1994، ص200.

(2) مرقس،عقد الكفالة، مرجع سابق، ص11. لم يذكر مشروع القانون المدني الفلسطيني هذا القسم من الاستثناء " وبـــرر ذلك لان التظهير يقع إما لهدف نقل ملكية الحق الثابت في الورقة التجارية وأما لرهنه أو تحصيل قيمته، ولذا فإذا ظهرت الورقة التجارية على سبيل الضمان فإن ذلك يعتبر رهناً للورقة ضماناً لدين آخر الأمر الذي يستحيل معه القول بان ذلـــك كفالة، مشار ذلك في المشروع المدني الفلسطيني، ص967.

(3) أنواع التظهير هي 1.التظهير الناقل للملكية: وهو تنتقل بموجبه ملكية الورقـــة التجاريـــة إلـــى الحامـــل 2.التظهيـــر التوكيلي: وهو توكيل المظهر إليه لقبض مبلغها 3.التظهير التأميني: لجوء المظهر إلى رهن السند بما يتضمنه مـــن حـــق ضماناً لدين في ذمته للمظهر إليه. مشار هذا التقسيم في سامي، فوزي، شرح القانون التجاري، ج2، ص135.

مطالبة ضامنيه:أ- المبلغ الذي وفاه.ب-عائد المبلغ محسوبا من يوم الوفاء وفقاً للسعر الذي يتعامل به البنك المركزي والمصاريف التي تحملها (المادة 444 تجارة مصري).

وملخص القول أن الأصل أن كفالة الدين التجاري تعتبر عملاً مدنياً (1/779 مدني مصري) ولكن تخضع لقانون التجارة بمقتضى المادة 1/48 تجارة مصري التي تعتبر الكفالة تجارية ويطبق عليها قانون التجارة فتنص المادة السابقة:

أ- إذا نص القانون على ذلك كالمادة 2/779 مدني مصري " الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً أو عن تظهير هذه الأوراق تعتبر عملاً تجارياً.

ب- إذا كان الكفيل بنكاً.

ج- إذا كان الكفيل تاجراً وله مصلحة شخصية في الدين (أي بهدف الربح).

الفرع الثالث: الأهمية العملية للتفرقة بين الكفالة المدنية والكفالة التجارية

إن الكفالة المدنية بطبيعتها تطبق عليها أحكام القانون المدني بالنسبة للكفالة، أما إذا كانت تجارية بنص القانون فتطبق عليها أحكام قانون التجارة.

وسوف أقوم بالقياس بشكل عام على أهمية التفرقة بين الأعمال المدنية (التي تخضع للقانون المدني) والأعمال التجارية (التي تخضع للقانون التجاري) على الكفالة المدنية والتجارية واستخلاص أهم الأمور التي يمكن أن يكون لها أثر على اعتبار الكفالة مدنية أو تجارية:

1- التضامن[1]

ففي مجلة الأحكام العدلية التضامن مفترض بين المدين والكفيل (المواد 612 و634 و644 من المجلة) مع الاحتفاظ بصفة التبعية في بعض نصوص المجلة (المواد 652 و655 و662 و631 من المجلة).

---

(1) سامي، فوزي، شرح القانون التجاري، ج 2، مرجع سابق، ص30

أما في القانون المدني المصري: فالتضامن لا يفترض بين الكفيل والمدين في الكفالة المدنية إلا إذا ورد نص بذلك وهذا ما جاءت به المادة 279 مدني مصري وأما في كفالة الدين التجاري فالأصل أن التضامن مفترض بين الملتزمين بدين تجاري ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك (المادة 1/47 تجارة مصري) ويسري حكم التضامن في حالة تعدد الكفلاء بدين تجاري، وقد ورد نص المادة1/779 أن كفالة الدين التجاري تخضع للقانون المدني(بمعنى أنهم غير متضامنين لأن التضامن غير مفترض في المعاملات المدنية إلا باتفاق أو نص في القانون، (المادة 279 مدني مصري)، ولكن عادت المادة2/779 ونصت على أن الكفالة الناشئة عن ضمان وتظهير الأوراق التجارية تعتبر عملاً تجارياً وعليه تخضع لقانون التجارة الذي يعتبر في الأصل أن التضامن مفترض بين الملتزمين (بين الكفيل والمدين) (المادة1/47 تجارة مصري) ويسري هذا الحكم (التضامن) في حالة تعدد كفلاء الدين التجاري (المادة2/47 تجارة مصري)، وكما ذُكر سابقا في المادة 48 التي تتضمن أنه إذا كان الكفيل بنكاً، أو كان له مصلحة شخصية، أو كان محترف الكفالة التجارية فهي كفالة تجارية ويحكمها قانون التجارة ويسري عليه الحكم السابق بالنسبة للتضامن.

2- الإثبات[1]

ففي مجلة الأحكام العدلية الكفالة يتم إثباتها بكفالة طرق الإثبات لأنها لا تشترط شكلية معينة وفق المادة621 التي تنص على أنه "تنعقد الكفالة وتنفذ بإيجاب الكفيل وحده ولكن إن شاء المكفول له ردها فله ذلك و تبقى الكفالة ما لم يردها المكفول له وعلى هذا لو كفل أحد في غياب المكفول له بدين له على أحد ومات المكفول له قبل أن يصل إليه خبر الكفالة يطالب الكفيل بكفالته هذه ويؤاخذ بها".

---

(1) الفاقي، محمد: **مبادئ القانون التجاري**، بيروت منشورات الحلبي الحقوقية، ص44, استئناف مدني فلسطيني رقم 514/ 83 وارد في: القاضي عواد، نصري، مجموعة المبادىء القانونية الصادرة عن محكمة الأستئناف في الدعاوي الحقوقية، مرجع سابق, ص39.

أما القانون المدني المصري فاشترط شكلية معينة لإثبات عقد الكفالة ففي المـــادة 773 " لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الإلتزام لأصلي بالبينـــة " فالكتابـــة شـــرط للإثبات، ولكن إن فقد سند الكفالة أو ضاع أو سرق فانه يجوز للدائن إثباته بطرق الإثبات كافة.

وإذا كانت الكفالة تجارية فانه يجوز إثباتها بطرق الإثبات كافة[1] وذلـــك لمـــا تتطلبـــه الأعمال التجارية بصفة عامة من سرعة وثقة وائتمان[2] إلا إذا ورد فيها نص خاص يوجب أن تثبت كتابة مثل عقد الشركة (المادة 507 مدني مصري)، وأيضاً مع ملاحظة أن كفالـــة الـــدين التجاري في المادة 1/779 مدني مصري، بصفة عامة يجب إثباته بالكتابة لأنه يخضع للكفالـــة المدنية التي تشترط الكتابة لإثبات عقد الكفالة، ولا تعتبر طرق الإثبات من النظام العام فيجـــوز الاتفاق على مخالفتها[3].

3- التبرع

جاء في شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر واللبناني للمـــادة 628 مـــن المجلـــة أن الكفالة قائمة على التبرع وتشترط أهلية التبرع لصحة الكفالة[4].

أما القانون المدني المصري فقد اجمع الشراح أن عمل الكفيل تبرعي فهو عادة ما يقوم بإسداء خدمة للمدين دون مقابل[5].

وأما في الكفالة التجارية فتنتفي صفة التبرع بالنسبة للكفيل، فالتـــاجر يقـــوم بـــاحتراف الكفالة بمقابل بقصد المضاربة والربح (حيث لا مجانية ولا تبرع في العمل التجاري).

---

(1) المادة 51 تجارة أردني" لا يجوز إثبات العقود التجارية مبدئيا للقواعد الحصرية الموضوعة للعقود المدنيـــة فيجـــوز إثبات العقود المشار إليها بجميع طرق الإثبات مع الاحتفاظ بالاستثناءات الواردة في أحكام القانونية الخاصة ".

(2) وطرق الإثبات هي الكتابة، شهادة الشهود أو البينة، القرائن، الإقرار، اليمين، المعاينة، الخبرة، وارد ذلك في المادة 7 من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية الفلسطيني رقم(4) لسنة 2001.

(3) الفاقي، محمد، مبادىء القانون التجاري، مرجع سابق، ص46

(4) اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ص 339. وحيدر، درر الحكام في شرح مجلة الاحكام،المجلـــد الأول، مرجـــع سابق، ص749.

(5) السنهوري، الوسيط، ج10، مرجع سابق، ص25. ويرى البعض الآخر عادة ما تكون الكفالة بمقابل خاص في الوقت الحاضر. وما تقوم به البنوك من المجال الكفالة بقصد الربح للمزيد انظر مر قس، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص10.

4- سعر الفائدة

لم تحدد مجلة الأحكام العدلية سعراً للفائدة وتركت ذلك لنظام المرابحة العثماني المنشور في(9 رجب 1303) وتنص المادة الأولى منه على أنه " اعتبار من نشر هذا النظام تعيين تسعة من المائة فائدة سنوية حداً أعظماً لكل أنواع المداينات العادية والتجارية "، ونظام المرابحة العثماني ما زال مطبقاً في فلسطين بإعتبار سعر الفائدة 9% حيث لا يوجد في قوانينها ما يحدد سعر الفائدة.

أما القانون المدني المصري فقد جاء في المادة 781 " إذا لم يكن هناك اتفاق خاص، فان الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى، وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل "، معنى ذلك أنه إذا كانت الكفالة مطلقة فإن التزام الكفيل يشمل التزام المكفول وملحقاته، فيشمل فوائد الدين التاخيرية والتعويض عن عدم التنفيذ، ومسؤولية المدين العقدية[1].

وفيما يتعلق بفوائد الدين التاخيرية فإذا كانت الكفالة مدنية فهي تحسب طبقاً للسعر الذي يسري على الديون المدنية وهي 4%، أما إذا كانت الكفالة تجارية فتحسب الفوائد التاخيرية بسعر 5% كما جاء في 226 مدني مصري.

5- المهلة القضائية[2]

الأصل أن يتم وفاء الالتزام في موعد الاستحقاق، ولكن يجوز للقاضي أن يمهل الكفيل في الكفالة المدنية أجلاً لتنفيذ الالتزام إذا استدعت حالته ذلك، وإذا لم يكن ضرر على الدائن كما جاء في المادة 2/346 مدني مصري[3].

أما مجلة الأحكام العدلية فلم يرد في نصوصها ما يشير إلى المهلة القضائية ولكن توجد قاعدة تشريعية في المادة 58 من المجلة والتي تنص على أنه "التصرف على الرعية منوط

---

(1) الشهاوي، قدري:أحكام-عقد الكفالة- التضامن- التضامم في التشريع المصري المقارن، ص93.

(2) سامي، فوزي محمد،: **شرح القانون التجاري الأردني**، الجزء الأول، الطبعة الأولى، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1993، ص32.

(3) تقابل المادة 334 من القانون المدني الأردني والمادة 2/376 من المشروع المدني الفلسطيني.

بالمصلحة " لذلك قد يرى القاضي أن من المناسب إعطاء مهلة أو أجل للكفيل للوفاء بالتزامه أمام الدائن ما لم يكن ذلك ضد مصلحة الدائن أو أن يلحق به ضرر جسيم من التأجيل وهذا أيضاً مفهوم المادة2/346 مدني مصري السالفة الذكر.

وأما في الكفالة التجارية فهي على العكس حيث لا يعطي الكفيل أجلاً أو مهلة لتنفيذ الالتزام إلا في حالات استثنائية يقدرها القاضي، وذلك لأن المعاملات التجارية بصفة عامة مرتبطة ببعضها البعض، فقد يشهر الدائن إفلاسه أمام الغير نتيجة عدم تنفيذ الكفيل لالتزامه بأداء الدين المستحق(1).

6- الإعذار

الإعذار: "هو وضع المدين موضع المقصر في تنفيذ التزامه بإثبات تأخيره في الوفاء به، ذلك إن مجرد حلول أجل الالتزام لا يفيد تقصير المدين ما لم يسجله الدائن عليه بالإعذار ولا يجوز للدائن المطالبة بفسخ العقد أو بتعويض ما أصابه من ضرر ما لم يقم بإعذار مدينه بالوفاء بالتزاماته "(2).

ويتخذ الإعذار شكل الإنذار في الكفالة المدنية ويجب أن يتم خطياً، ويجوز أن يتم عن طريق البريد (المادة 219 مدني مصري) أما في الكفالة التجارية فقد جرى العرف أن يتم شفوياً أو هاتفياً والأفضل أن يتم إنذار الكفيل خطياً لتفادي النزاع حول وقوع الإنذار(3).

7- الدفوع

إذا كانت الكفالة مدنية فإن الكفيل يستطيع التمسك بالدفوع كافة الواردة في القانون المدني المصري التي تنظم الكفالة مثل الدفع بمطالبة المدين أولا وتجريده (المادة 2/1/788 من

---

(1) سامي، فوزي محمد، شرح القانون التجاري الأردني، ج1، مرجع سابق، ص32.

(2) الفاقي، محمد، مبادىء القانون التجاري، مرجع سابق، ص49.

(3) المرجع السابق، ص49.

مدني مصري) [1], وكذلك يحق للكفيل التمسك بالدفوع الخاصة بالالتزام الأصلي (المواد 1/782 و 794 من القانون المدني المصري).

أما الكفالة التجارية فإنه لا يحق للكفيل التجاري التمسك بالدفع بالتجريد ولا الدفع بمطالبة المدين أولاً لأن الكفيل متضامن بنص القانون في قانون التجارة(المادة 47 تجارة مصري وكذلك ما ورد في المواد 631 و652 و655 و662 من المجلة التي تعتبر الكفيل متضامن في المطالبة أيا كان نوع الكفالة مدنية أو تجارية)، وأما الدفوع الخاصة بالالتزام الأصلي فإنه كذلك لا يجب أن يتمسك الكفيل التجاري بذلك أي حتى لو كان الالتزام الذي كفله باطلاً لأي سبب غير عيب في الشكل (المواد 420 تجارة مصري و2/163 تجارة أردني).

---

(1) تقابل المادة 925 من المشروع المدني الفلسطيني.

المبحث الثاني

تمييز الكفالة عن النظم القانونية المشابهة

قد يصعب أحياناً تحديد القواعد التي يجب أن تطبق على عقد ما، هل هو كفالة أوعقد آخر، لتشابه الأحكام القانونية، لذلك كان لا بد من تمييز الكفالة عن أنظمة قانونية تختلط أحياناً بأحكامها.

المطلب الأول: الكفالة والتضامن والتضامم.

سيبدأ الباحث بالتفرقة بين التضامن والتضامم ومن ثم مقارنتهما بالكفالة.

التضامن: وصف يحول دون انقسام الحق عند تعدد الدائنين (تضامن ايجابي) أو الالتزام عند تعدد المدنيين (تضامن سلبي) [1].

وقد ورد التضامن الإيجابي في بعض نصوص مجلة الأحكام العدلية وذلك ما جاء في شركة الأعمال في المادة 1388 " شركة الأعمال عناناً في خصوص إقتضاء البدل في حكم المفاوضة ايضاً، أي أن لكل واحد من الشريكين مطالبة المستأجر بكل الاجرة واذا دفعها المستأجر لأيهما يبرأ ".

وأما التضامن السلبي في مجلة الأحكام فان أهم صوره هي 1.الكفالة. 2. شركة المفاوضة. 3. وشركة العنان إذا كانت شركة أعمال.

1- فالكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة تقترب كثيراً من معنى التضامن فيحق للدائن مطالبة المدين أو الكفيل بالدين وهذا أهم ما يميز التضامن السلبي.

2- شركة المفاوضة: وهي عقد شركة بين الشركاء بينهم شرط المساواة التامة ويكون مالهم الذي أدخلاه في الشركة مما يصلح أن يكون رأس مال للشركة وتكون حصصهم من راس المال والربح على التساوي(المادة 1331من المجلة).

---

(1) سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، مرجع السابق، ص 212.

وجاء في المادة 1334من المجلة التي تنص "تتضمن شركة المفاوضـــة الكفالـــة أيضـــاَ فأهلية المتفاوضين شرط للكفالة أيضا".

وجاء في المادة 1356 من المجلة التي تنص "المفاوضان كفيل بعضهما لبعض كما تقدم بيانه في الفصل الثاني وعليه فكما ينفذ اقرار أحدهما في حق نفسه يكون نافذاً في حق شـــريكه على ذلك الوجه فإذا أقر أحدهما بدين فللمقر له أن يطالب أيهما شاء ومهما ترتب دين على أحد المفاوضين من أي نوع كان من المعاملات الجارية في الشركة كالبيع والشراء والإجارة يلـــزم الآخر أيضاً، وكذلك ما باعه أحدهما يجوز رده على الآخر بالعيب، كذلك ما اشتراه أحـــدهما أن يرده الآخر بالعيب"[1].

وتعني المادتان 1334و1356 أن أحكام الكفالة هي التي تسري على شركة المفاوضـــة إذا توافرت شروطها، حيث يجوز للدائن أن يرجع على أي شريك (مدين) بكل الـــدين بصـــفته أصيلاً عن نفسه وكفيلاً عن الشركاء الآخرين.

3- وشركة العنان إذا كانت شركة أعمال.

فشركة العنان: هي الشركة التي لا يشترط فيها التساوي في رأس مال المتشاركين، بل يجوز أن يكون رأس مال أحدهما أكثر من رأس مال الآخر ...(المادة 1365 من مجلة الأحكام العدلية).

أما شركة الأعمال: فهي عقد شركة على تقبل الأعمال وشركة الأعمال شركة مفاوضة كما جاء في المادة 1387من المجلة "... فشركة الأعمال عناناً في ضمان العمل فـــي حكـــم المفاوضـــة فللمستأجر أن يطلب ايفاء العمل الذي تقبله أحد الشريكين من أيهما شاء ويكون كل واحد منهمـــا مجبراً على ايفاء ذلك العمل وليس لأحدهما ان يقول:إن هذا يقبله شريكي فلا دخل لي فيه". وما جاء في المادة 1388من المجلة "شركة الأعمال عناناً في خصوص إقتضاء البـــدل فـــي حكـــم المفاوضة ايضاً، أي أن لكل واحد من الشريكين مطالبة المســـتأجر بكـــل الأجـــرة وإذا دفعهـــا المستأجر لأيهما يبرأ".

---

(1) حيث لم تأخذ مجلة الأحكام العدلية بفكرة النيابة التبادلية المعروفة في أحكام التضامن.

فعنان شركة الأعمال تأخذ حكم شركة المفاوضة:

1. إن العمل الذي يتقبله أحد الشركاء يلزم به الآخر.

2. انه يجوز لكل واحد من الشركاء المطالبة باجرة العمل.

3. لو دفع المستأجر لأحدهما برىء الآخر، وبما أن المفاوضة كفالة والكفالة تضامن، فيطبق على ألأحكام الثلاثة السابقة أحكام الكفالة إذا توافرت شروطها.

أما القانون المدني المصري فقد نظم التضامن الايجابي من المادة280 – 283، ونظـم التضامن السلبي من المادة 284–299.

أما التضامم: فلم ينظمه المشرع المصري بنصوص خاصة ولكن ذكره الفقه والقضـاء. فهو في الفقه: عبارة عن حالات يكون أشخاص فيه مسئولين عن دين واحد لأسباب مختلفة دون تضامن بينهم[1].

وفي القضاء: نتيجة تعدد مصدر الدين مع بقاء محله واحداً، أي أنه يجـوز للـدائن أن يطالب كل مدين بكل الدين، ولا يجوز للمدين الذي دفع الدين أن يرجع على مدين آخـر بـذات الدين لانعدام الرابطة بينهما، ولأنه إنما دفع عن نفسه[2].

ومثال التضامم في القضاء أنه أجاز للمضرور الرجوع على المتبوع لاقتضاء التعويض منه باعتباره مسئولاً عن أعمال تابعة، وأجاز أيضاً للمضرور في ذات الوقت الرجوع مباشـرة على شركة التأمين لاقتضاء التعويض منها على اعتبار أن السيارة مرتبكة الحادث مؤمن عليهـا لديها، وثبتت مسؤولية قائدها عن الضرر، وبذلك يصبح للمضرور مدينين بالتعويض المسـتحق

---

(1) البيه محسن: **المتضامن والمتضامم في قضاء محكمة الاستئناف العليا الكويتية, بالقضـائين الفرنسـي والمصـري**، الجزء الثاني، مجلة الحقوق والشريعة, كلية الحقوق والشريعة المجلد الثالث عشـر، جامعـة الكويـت، العـدد الرابـع، 1989م،ص 105.

(2) طعن مدني مصري جلسة 1990/3/25، والطعن مدني مصري 2020 لسنة 56ق وارد عـن العمروسـي، أنـور، التضامن والتضامم والكفالة في القانون المدني، ص 229.

به. وكلاهما مدين بدين واحد له مصدران مختلفان ومن ثم تتضامم ذمتهما في هذا الدين دون أن تتضامن فالالتزام التضامني يقتضي وحدة المصدر [1].

وأما التضامم في مجلة الأحكام العدلية فقد ورد ما يدل على مفهومه مثل أنه يجوز للمغصوب منه مطالبة الغاصب أو غاصب الغاصب، وإن تلفت العين المغصوبة فللمغصوب منه مخير إن شاء ضمنه الغاصب الأول وان شاء ضمنة الغاصب الثاني وهذا ما جاء في المادة 910 من المجلة الذي يدل على مفهوم التضامم، وكذلك ما ورد في المادة 647 من المجلة التي تجيز للدائن مطالبة الكفيل أو كفيل الكفيل، ويظهر منطق التضامم هنا من حيث اختلاف مصدر الالتزام فمصدر التزام الكفيل تجاه الدائن هو عقد بينه وبين الدائن بينما مصدر التزام كفيل الكفيل تجاه الدائن هو عقد بينه وبين الكفيل.

فالتضامن والتضامم يتشابهان من حيث وجود أكثر من مدين أمام الدائن في المطالبة بالدين (وحدة المحل).

ويختلفان من جهة أن التضامن يكون إما بناء على اتفاق أو قانون، وأن التضامم يقوم على طبيعة الأشياء ذاتها أو قوتها[2].

كذلك يقوم التضامن على أساس وحدة المحل ووحدة المصدر، أما التضامم فيقوم على أساس وحدة المحل وتعدد في المصدر.

الفروق الجوهرية بين الكفالة والتضامن السلبي والتضامم.

1. علاقة الدائن مع الكفيل وعلاقته مع المدين المتضامن وعلاقته مع المدين المتضامم.

أ- الحق في المطالبة

---

(1) نقض مدني مصري جلسة 1993/2/18- مجموعة المكتب الفني السند 44-ص 635، وارد في العمروسي، أنور، التضامن والتضامم والكفالة في القانون المدني، مرجع سابق، ص 230.

(2) البيه محسن، المتضامن والمتضامم في قضاء محكمة الاستئناف العليا الكويتية, بالقضائين الفرنسي والمصري، مرجع سابق، ص105.

لا يجوز للدائن مطالبة الكفيل قبل مطالبة الأصيل في القانون المدني المصري إذا تمسك بذلك (المادة 1/788). ولكن يجوز له مطالبة أي مدين من المدينين المتضـامنين منفـردين أو مجتمعين بالدين كله(المادة 2/285 مدني مصري) (وحدة الدين)، وأما في مجلة الأحكام العدليـة فإن مركز الكفيل في مركز المتضامن مع المدين في المطالبة (المادة 644 من المجلـة)، أمـا المسئولون المتضامون فانه يجوز للدائن مطالبة أي من المدينين المتضامين بالدين كله.

ب- طبيعة الالتزام

إن التزام الكفيل هو التزام تابع[1]، أما التزام كل من المدين المتضامن والمدين المتضامم فهو التزام أصلي ومستقل عن رابطة أي مدين آخر ويترتب على ذلك:-

أنه يجوز للكفيل التمسك بالدفوع الخاصة بالدين الأصلي كافة بالإضـافة إلـى الـدفوع الخاصة بعقد الكفالة، أما المدين في الالتزام التضامني فإنه يجوز له الدفع بالـدفوع المشـتركة بالالتزام، أما الدفوع الخاصة بالتزام كل مدين فلا يجوز له ذلك (تعدد الروابط).

وأما الالتزام التضاممي فلا يجوز للمدين أن يدفع بالدفوع الخاصة بالتزام مـدين آخـر وبما أنه لا توجد وحدة مصدر فإنه لا يوجد دفوع مشتركة لالتزام أصلي كالالتزام التضـامني. مثال ذلك:

إذا تبين أن العقد باطل (كأن يتبين أن محل العقد دين قمار) بالنسبة لالتزام الكفيل(فـي عقد للكفالة) أو بالتزام أحد المدينين المتضامنين أو بالتزام المدين الآخر في التضامم.

فوفق أحكام الكفالة فإنه يجوز للدائن التمسك ببطلان التزام المـدين وبالتـالي بطـلان الكفالة. ويجوز للمدين المتضامن التمسك بالدفع ببطلان الالتزام ككل في التضامن وبالتـالي لا يلزم أمام الدائن،أما في التضامم فإنه لا يجوز للمدين المتضامم التمسك ببطلان عقد لمدين آخـر لانتفاء وحدة مصدر التزام كل منهما عن الآخر. مثال آخر:

---

(1) عبد السلام، سعيد، الوجيز في التامينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 26.

إذا تبين أن عيب شاب رضا المدين (الإكراه مثلا) عند انعقاد العقـد بالنسـبة لأحكـام الكفالة فإنه يجوز للكفيل التمسك بالدفع ببطلان التزام المدين حتى لو تنازل عنه هـذا الأخيـر، وهذا الحق يسري أيضاً بالنسبة للكفيل المتضامن[1] (وهذا مضمون المادة 631 في مجلة الأحكام حيث يلزم في الكفالة بالمال أن يكون المكفول به متوجباً على الأصيل)، وأما بالنسـبة لأحكـام التضامن في هذه المسألة فإنه لا يجوز لأحد المدينين التمسك بالدفع ببطلان الالتزام لعيب شـاب رضا أحد المدينين[2]، وإنما ينقضي الدين بحق المدين الذي شابه عيب في رضـاه لأنـه دفـع خاص بالمدين، ولا يجوز كذلك للمدين المتضامم أن يتمسك بالدفع ببطلان التزام المدين الآخـر لعيب شاب رضاه لانعدام الرابطة بينهما.

ويترتب على عقد الكفالة دفوع خاصة بالعقد مثل الدفع بالتجريد وفيه لا يجوز للمـدين التنفيذ على أحوال الكفيل قبل التنفيذ على أموال المدين، وكذلك الدفع بالتقسيم في حالـة تعـدد الكفلاء وكانوا غير متضامنين، وهذه الدفوع غير مقررة في أحكام التضامن ولا فـي التضـامم لأن التزام المدين فيهما هو التزام أصلي.

2. علاقة المدين بالكفيل والمدينين المتضامنين مع بعضهم والمدينين المتضامين مع بعضهم

وتتمحور هذه المسألة في حق الرجوع والنيابة التبادلية، فمن حيث الرجوع: فإنه يجـوز للكفيل الرجوع على المدين بدعوى الحلول وإما بالدعوى الشخصية، (المادة 800 مدني مصري والمادة657 من المجلة) ويستطيع الرجوع إلى الكفلاء الآخرين (المـادة 796 مـدني مصـري والمادة 647 من المجلة) وكذلك في التضامن فإنه يجوز لأي مدين وفى الدين أن يرجـع علـى الباقين بحصة كل منهم بالدين، (المادة 297 مدني مصري)[3]، أما المدين المتضامم فقد حصـل اختلاف في مسألة رجوعه–على المدينين المتضامين الآخرين – بين مؤيد ومعارض وقد كـان

---

(1) زهران، همام، التامينأت العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 166.

(2) نقض مدني مصري رقم 227 لسنة 37 بتاريخ 1972/12/28 سنة المكتب المعني 23 وارد في CD مكتبـة أحكـام المحاكم العربية العليا، مرجع سابق.

(3) نقض مدني مصري جلسة 1967/11/21 مجموعة المكتب الفني لسنة 18– ص 1717 وارد في العمروسي، أنـور، مرجع سابق، ص 228.

هناك تقرير الرجوع على الآخرين خلال عدة نظريات[1] قيلت بهذا الصدد وتم ترجيح نظريـــة العدالة باعتبارها مبرراً لرجوع المدين المتضامم على غيره من المدينين, إلا إذا كان التزام كـــل منهم أصيلاً بنص مثل القانون الفرنسي فإن الأب والأم ملزمان بالإنفاق على أولادهما, أما فـــي القانون الكويتي والمصري فإنه يجوز للأم الرجوع على الأب بما أنفقت على أولادهـــا[2], ألا أن القضاء المصري جاء يحسم مسألة رجوع المدين المتضامم على غيره فقد قرر انـــه لا يجـــوز للمدين الذي أوفى الدين الرجوع على المدين الأخر[3].

وأما من حيث النيابة التبادلية فإن كل مدين يمثل سائر المدينين المتضامنين فيما يـــنفعهم لا فيما يضرهم[4]، وهذا المبدأ مطبق في أحكام التضامن مثل ما جاء فـــي المـــادة 294 مـــدني مصري "إنه إذا تصالح الدائن مع احد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأي وسيلة أخرى، استفاد منه الباقون، أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب في ذمتهم التزاماً أو يزيد فيما هم ملتزمون به فانه لا ينفذ في حقهم إلا إذا قبلوه".

ولا يمكن قياس النيابة التبادلية على عقد الكفالة لأن الكفيل تابع فإذا أجاز القانون للكفيل التمسك بما ينفعه ويبرأه من الدين إذا تم إبراء المدين منه[5](المادة 1/782مدني مصري) (المادة 662 من المجلة) فإن ذلك غير جائز بالنسبة للمدين فلا يجوز له التمسك ببراءة الكفيل ليبـــرئ نفسه من الدين(المادة 661 من مجلة الأحكام).

وكذلك ما ورد في المادة 1356 من المجلة "المفاوضان كفيل بعضهما لبعض كما تقـــدم بيانه في الفصل الثاني وعليه فكما ينفذ اقرار أحدهما في حق نفسه يكون نافذا في حق شـــريكه

---

(1) وهذه النظريات هي نظرية قياس علاقة المدينين المتضامنين ونظرية الحلول القانوني. ونظرية العدالة....للمزيد: إلى هذه النظريات بالتفصيل في البيه محسن، المتضامن والمتضامم في قضاء محكمة الاستئناف العليا الكويتيـــة, بالقضـــائين الفرنسي والمصري، مرجع سابق، ص136-146.

(2) المرجع السابق, ص147.

(3) نقض مدني مصري جلسة 1967/11/21. س18. وارد في العمروسي, أنور، التضامن والتضامم والكفالة في القانون المدني، مرجع سابق، ص228.

(4) نقض مدني مصري جلسة 1966/11/22 مجموعة المكتب الفني لسنة 17-ص 1705، وارد في العمروسي، أنـــور، التضامن والتضامم والكفالة في القانون المدني، مرجع سابق، ص 210.

(5) تطبيقاً للمادة 50 في مجلة الأحكام العدلية " إذا سقط الأصل سقط الفرع".

على ذلك الوجه فإذا أقر أحدهما بدين فللمقر له أن يطالب أيهما شاء..." فالنص السابق يخالف منطق النيابة التبادلية فقد نصت المادة 295 مدني مصري "إذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين، فلا يسري هذا الإقرار في حق الباقين".

أما في التضامم فلا يوجد نيابة تبادلية لانعدام وجود الرابطة بينهما وانعدام وحدة المصدر.

المطلب الثاني: الكفالة والحوالة

عرفت المادة673 من مجلة الأحكام العدلية الحوالة بأنها " نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى".

من خلال التعريف نجد:

1. أن الحوالة هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المدين إلى ذمة شخص آخر(مدين)، فالمدين الأصلي بريء من الدين في الحوالة، ولكنه ليس كذلك في الكفالة وقد جاء في المادة 648 من المجلة " لو اشترط في الكفالة براءة الأصيل تنقلب حوالة ".وأكدت المادة السابقة المادة 649" الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة ". وتفيد هذه النصوص أنه عند براءة الأصيل نطبق قواعد الحوالة، ولكن عند عدم براءة الأصيل نطبق قواعد الكفالة.

2. بالنسبة لنفاذ الحوالة فهي موقوفة على إجازة المحال له (الدائن)(1)، كما جاء في المادة 683 من المجلة، أما الكفالة فهي تنعقد بمجرد إيجاب الكفيل وحده، ولكن يجوز للدائن ردها فإذا لم يردها وسكت عنها فالكفالة صحيحة، وبما أن الكفالة تنعقد دون حاجة لقبول المكفول له فإذا مات قبل أن يصل إليه خبر الكفالة تعتبر صحيحة أيضا كما جاء في المادة 621 من المجلة، ولكن في الحوالة إذا مات المحال له قبل أن يصل إليه خبر الحوالة فإنها لا تنعقد لأنه يشترط قبول المحال له.

---

(1) وهو ما نصت عليه المادة 996 من القانون المدني الأردني.

3. ونجد أن محل الحوالة يجب أن يكون معلوماً(المادة 688 من المجلة) [1]، أما محل الكفالة إذا كان مالاً فانه يجوز أن يكون غير معلوم (المادة 630 من المجلة).

4. وأنه يشترط في الحوالة أن يكون المدين (المحيل) عاقلاً (المادة 684 من المجلة) وهـذا طبيعي لأنه طرف في انعقاد الحوالة، أما المدين في الكفالـة فـلا يشـترط لـه أهليـة معينة(المادة 629 من المجلة) لأنه ليس طرفاً في عقد الكفالة.

ونظم القانون المدني المصري الحوالة تحت باب انتقال الالتزام[2]، والحوالة نوعان فـي هذا القانون:

النوع الأول: حوالة الحق وهي أن يحول الدائن حقه إلى شخص آخر إلا إذا حـال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام، وتتم دون رضا المدين(المادة 303 مدني مصري).

النوع الثاني: حوالة الدين وتتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين(المادة 315 مدني مصري).

ويرى الباحث أن المشرع المصري والمشرع المدني الفلسطيني لم يكونا موفقا بـإدراج تسمية الحوالة تحت باب انتقال الالتزام، لأنه في حوالة الحق، الحق هو الـذي ينتقـل ولـيس الالتزام، لذلك الأفضل تسمية الحوالة وأنواعها[3].

الفرق بين الكفالة وحوالة الحق:

1- جاء في المادة 2/309 مدني مصري "إذا ضمن المحيل يسار المدين، فلا ينصـرف هـذا الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك"، بمعنى انه إذا وجد اتفـاق

---

(1) تقابل المادة 4/100 من القانون المدني الأردني.

(2) وهذا ما أورده المشروع الفلسطيني في الباب الرابع – انتقال الالتزام – الفصل الأول- حوالة الحق وحوالة الدين.

(3) القانون المدني الأردني أورد تسمية الحوالة في الفصل الثاني تحت باب عقود التوثيقات الشخصية وهذه التسمية أفضل من القانون المدني المصري والمشروع الفلسطيني.

بين الدائن (المحيل) والمحال له (الدائن الآخر) على ضمان يسار المدين وإذا لم يكن المدين كذلك فان المحيل يلزم بالوفاء أو التعويض.

ويشتبه هنا المحيل بالكفيل من حيث ضمان الوفاء، لكن التزام المحيل هو أصلي يتمثـل في مسؤوليته بالتعويض عما يلحق المحال من ضرر نتيجة إخلاله بضمان يسار المدين.

2- وكذلك الحال في 1/308 مدني مصري" إذا كانت الحوالة بعوض فلا يضـمن المحيـل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة...". المحيل هنا يضمن الحق في ذمة المدين إذا كانـت الحوالة بعوض، أما إذا لم يكن كذلك فلا يضمن الحق، وضمان المحيل للحق في ذمة المدين يشبه الكفيل، لكن ضمان وجود الحق من المحيل هو التزام أصلي لأن المحيل أخذ عوضـاً من المحال له (الدائن) فإن تخلف عن التزامه فإنه يتحمل المسؤولية ويلزم بالتعويض، أمـا الكفيل فكفالته تابعة للالتزام الأصلي فإن لم يفِ المدين بدينه يوفي عنه الكفيل.

3- يشترط لنفاذ حوالة الحق بحق المدين رضاه بها (المادة 30 مدني مصري)[1] حتـى يكـون على علم لمن سيوفي الدين في حين الكفالة لا يشترط فيها رضا المدين(المـادة 775مـدني مصري) لنفاذها بحقه لأنه ليس طرفاً فيها وعادة ما تعقد الكفالة لمصلحته.

الكفالة وحوالة الدين:

حوالة الدين هي أن يتفق المدين مع شخص آخر أن يتحمل عنه الدين. ويشـبه المحـال عليه (المدين الجديد) مركز الكفيل من حيث تحمل الدين، لكن التزام الكفيل هو التزام تبعي فـي حين المحال عليه مدين أصلي يتحمل الدين أمام المدين مباشرة.

ويجب في حوالة الدين حتى تكون نافذة بحق الدائن أن يقبلها وإذا عين المدين الأصـلي أو المحال عليه أجلاً حتى يقرها، وسكت الدائن فسكوته يعتبر رفضاً للحوالـة (المـادة 316 /1 مدني مصري)، أما في الكفالة فإن سكوت الدائن عن الكفالة يعتبر رضاً منه (المادة 2/98 مدني مصري) [2].

---

(1) لكن تنعقد حوالة الحق دون رضاه.

(2) سنرى في الملاحق نماذج لعقد الكفالة ويكون الملتزم والموقع على العقد هو الكفيل دون الدائن.

المطلب الثالث: الكفالة الشخصية والكفالة العينية والتأمينات العينية

الكفالة العينية: عقد يرتب بمقتضاه شخص يسمى الكفيل العيني تأميناً عينياً، كأن يرهن عقاراً أو منقولاً مملوكاً له لضمان الوفاء بالتزام في ذمة شخص آخر[1].

التأمينات العينية: تخصيص مال معين أو مجموعة من الأموال لضمان الوفاء بحق الدائن[2]، ويكون هذا الضمان حقاً عينياً تبعياً على هذا المال ليتمكن الدائن من تتبع هذا المال في أي يد يكون لينفذ عليه بالحجز ثم البيع ليستوفي دينه من ثمنه بالأولوية على الدائنين الآخرين[3].

فالتشابه بين الكفالة العينية والتأمينات العينية هو أن كليهما يخصص مالاً معيناً كأن يكون عقاراً لصالح الدائن، ليستوفي منه حقه.

وأما الفرق بينهما فيتمثل في أنه في التأمينات العينية يكون التأمين المخصص للدائن من المدين الأصلي.

وأما الكفالة العينية: فالتأمين المخصص للدائن يقدم من شخص آخر غير المدين {يسمى الكفيل العيني.

فالكفالة الشخصية (وهي موضوع الدراسة) تختلف عن الكفالة العينية في أن الكفيل الشخصي يكون مسئولا في كل أمواله، أما الكفالة العينية فهي تتحدد بشيء واحد مرهون لصالح الدائن, وكذلك فإنه لا يجوز للكفيل العيني الدفع بالتجريد (المادة 1050 مدني مصري) في حين يجوز للكفيل الشخصي ذلك.

وأما الفرق بين الكفالة الشخصية والتأمينات العينية: فالتأمينات العينية تكون من المدين بتقديم مال معين من أمواله لضمان الوفاء بما عليه، أما الكفالة (الشخصية) فهو أن يقوم شخص بضمان الوفاء بجميع أمواله (أي أموال الكفيل).

---

(1) زكي، محمود جمال الدين، دروس في اتامينات التامينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 29.

(2) استئناف مدني فلسطيني رقم 100 / 2004، تم الحصول علية من قلم محكمة الاستئناف الفلسطينية، رام الله.

(3) سعد، نبيل، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 26.

ويتشابه ثلاثتهما (الكفالة الشخصية والعينية والتأمينات العينية) بأنهـا ضـمانات لوفـاء المدين بالتزامه، وبأنها تابعة للالتزام الأصلي.

المطلب الرابع: الكفالة والإنابة الناقصة

بالنسبة لمجلة الأحكام العدلية فلم تتناول أحكام متعلقة بالإنابة.

وتتم الإنابة وفق المادة 359 مدني مصري " إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين ".

والإنابة نوعان[1]:

النوع الأول: إنابة كاملة وهي اتفاق بين المتعاقدين في الإنابة على أن يستبدل بهم التزام جديد بتغيير المدين ويترتب عليه براءة ذمة المنيب قبـل المنـاب لديـه (المـادة 360 مـدني مصري).

النوع الثاني: الإنابة الناقصة وفيها لا تبرأ ذمة المدين الأصلي بل تنضم ذمة المناب إلى ذمة المنيب فيصبح للمناب لديه (الدائن) مدينان (المناب والمنيب).

وواضح أن الإنابة الكاملة لا يوجد لبس بينها وبين الكفالة لأن المناب يلتزم بصفة أصلية مكان المدين تجاه الدائن، فليس أمام الأخير سوى مدين واحد.

وأما التشابه فهو في الإنابة الناقصة التي تضم ذمة أخرى إلى ذمة المدين لتنفيذ التـزام، وهي بذلك لا تختلف عن الكفالة في مجلة الأحكام العدلية، لكن الاختلاف هو أن التزام المنـاب (المدين الآخر) هو التزام أصلياً وليس تبعياً كالتزام الكفيل فلا يجوز للمناب أن يحتج بالـدفوع الخاصة بالتزام المدين الأصلي. مثال ذلك لو أجل الدائن دينه في حق المدين الأصلي فإن ذلـك لا يسري بحق المناب (المدين الجديد)، وغيرها وهذه الدفوع لا تجوز للمناب لأن التزامه أصلياً

(1) تناغو، سمير، التأمينات الشحصية، مرجع سابق, ص 30.

وليس تبعياً في مواجهة الدائن، وكذلك الدفوع الواردة في القانون المصري مثل الدفع بالتجريد والدفع بمطالبة المدين أولاً فهي غير جائزة للمنيب.

المطلب الخامس: الكفالة وتأمين الإعسار

تأمين الإعسار: هو أن يقوم الدائن بالتأمين لدى شركة التأمين ضد خطر إعسار مدينه[1].

وبذلك يبدو عمل شركة التأمين مشابهاً لعمل الكفيل ولكن التزام شركة التأمين التزام مستقل عن عمل المدين، ومحل عقد التأمين تقديم عوض للدائن عن أضرار تصيبه عند إعسار المدين، فهذا العقد احتمالي[2].

والدائن لا يعوض إلا بالمبلغ الذي اتفق عليه مع شركة التامين في حين التزام الكفيل التزاماً تبعياً لالتزام أصلي وهو التزام المدين وعقد الكفالة أصلاً من عقود التبرع، بينما التزام شركة التأمين هوعمل تجاري بحكم الماهية على شكل أقساط لشركة التأمين لتغطية خطر إعسار مدينه[3]، لذلك لا يجوز لشركة التأمين الاحتجاج بالدفوع الخاصة للمدين كتلك الخاصة بعقد الكفالة.

والهدف من التأمين هو التعويض وجبر الضرر بالدرجة الأولى[4] أما الكفالة فهي تنفيذ التزام الكفيل إلى جانب المدين.

---

(1) عبد السلام، سعيد، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 24.

(2) عرف القانون الفرنسي العقد الاحتمالي: هو اتفاق تبادلي تتوقف آثاره فيما يتعلق بالمنافع والخسائر، سواء بالنسبة إلى كل أطراف العقد أم بالنسبة إلى واحد أو أكثر منهم على حادث غير محقق، وارد في مرسي، محمد كامل، العقود المسماة، ج1، ص20.عادة ما يشمل عقد التأمين 1- أطراف عقد التأمين 2-شروط يحددها الأطراف 3- الحدث المؤمن 4- القانون الواجب التطبيق وارد ذلك.**Columbia law Rreview**.april,1934 مقال تم الحصول عليه من الموقع الالكتروني http://www.jstor.org بتاريخ 2006/7/15 الساعة الواحدة مساءاً.

(3) للمزيد: Malcolma.Carke**:The law of Insurance Contracts**. Third Edition.LLP.London-Hong Kong.1997.pp,10

(4) نقض مدني فلسطيني رقم 33/ 2003 قرار رقم 39، تم الحصول عليه من قلم محكمة الاستئناف الفلسطينية، رام الله.

وكذلك يعتبر عقد التأمين من عقود الإذعان فتضع شركة التأمين شـروطاً يسـلم بهـا المتعاقد الآخر[1] أما الكفالة فهي ليست من عقود الإذعان وإنما تتبع الالتزام الأصـلي بجميـع أوصافه.

المطلب السادس: الكفالة والوكيل بالعمولة الضامن

الوكيل بالعمولة: هو عقد يلتزم بموجبه الوكيل بأن يقوم باسمه ولحساب موكله بإنجـاز عمل من الأعمال، مقابل أجر معين[2].

أما الوكيل بالعمولة الضامن فبالإضافة إلى التعريف السابق فإن شرط الضمان يضـمن فيه الوكيل بالعمولة تنفيذ غيره العقد المبرم بينها[3]، لأن الوكيل بالعمولة لا يضمن تنفيذ العقـد بين الموكل والبائع مثلاً لا يضمن العيوب الخفية التي تظهر بالمبيع، لذلك فإن شـرط الضـمان يلزم الوكيل بالعمولة إتمام الصفقة حتى في الحالات التي لا يلتزم فيها غيره (البائع). والحـالات التي يعفى فيها الوكيل من المسؤولية هي خطأ الموكل الذي يؤدي إلى منع غيره من تنفيذ العملية أو أن الذي حال دون تنفيذ الالتزام هو القوة القاهرة [4] أو فعل غيره الـذي لـه صـفة القـوة القاهرة. ومن الغريب أن هناك رأياً للدكتورة سميحة القيلوبي تقول فيه أنه حتى في حالة القـوة القاهرة فان الوكيل بالعمولة الضامن لا يعفى من تنفيذ العقد[5] ويرى الباحث أن هذا القول محل نظر لأن المدين يعفى من التزامه إذا كان عدم التنفيذ راجع لسبب أجنبي لا يد له فيه, وهذا مـا جاء في المادة 215 مدني مصري.

---

(1) نقض مدني فلسطيني رقم 24 / 2003 قرار رقم 41 وكذلك نقض مدني فلسطيني رقم 70 / 2004 قرار رقـم 88، تم الحصول عليهما من قلم محكمة الاستئناف الفلسطينية، رام الله.

(2) سامي، فوزي محمد، شرح القانون التجاري، ج2، مرجع سابق، ص 279.

(3) استئناف مدني فلسطيني رقم 389 / 85، وارد في القاضي عواد، نصري، مجموعة المبادىء القانونية الصادرة عـن محكمة الإستئناف في الدعاوي الحقوقية، مرجع سابق، ص39.

(4) استئناف مدني رقم 811 / 85 وارد في عواد، نصري، مجموعة المبادىء القانونية الصادرة عن محكمة الإسـتئناف في الدعاوي الحقوقية، مرجع سابق، ص93.

(5) القليوبي، سميحة: **الموجز في القانون التجاري**، القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجـامعي، 1978، ص 394-395

وفي ضمان الوكيل بالعمولة تنفيذ الغيرالتزامه قبل الموكل يختلف عـن الكفالـة التـي تشترط وجود مدين أصلي، ولا وجود لذلك في الوكالة بالعمولة الضامن حيث لا يوجـد علاقـة مباشرة بين الغير والموكل فهناك علاقة بين الموكل والوكيل، وعلاقة أخرى بين الوكيل والغير وكل علاقة مستقلة عن الأخرى. وكذلك فإن التزام الوكيل بالعمولة الضامن التزام أصلي بينمـا التزام الكفيل أمام الدائن التزام تبعي.

المطلب السابع: الكفالة والتعهد عن الغير

التعهد عن الغير: وهو أن يتعهد شخص بان يجعل غيره يلتزم بأمر ما فلا يلزم غيـره بتعهده، فإذا رفض غيره أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه، ويجوز لـه أن يتخلص من التعويض بأن يقوم و ينفذ الالتزام الذي تعهد به (المادة 1/53 مدني مصري).

وبالنظر إلى التعريف السابق نرى أن الشخص المتعهد ملتزم أمام الدائن بأن يجعل غيره ملتزماً بأمر ما، فالتزام المتعهد التزام أصلي محلة جعل غيره ملتزماً أمام الدائن، وهذا يختلـف عن الكفالة التي محلها تنفيذ التزام سابق أو مستقبلي أصلي على المدين فهو التزام تبعي بالنسبة للكفيل، في حين لا يكون في التعهد عن الغير التزام على الغير أصلاً ويحق لهذا الأخير رفـض الإلزام، ولا يعني أن التزام المتعهد معلق على شرط واقف بان يقوم بتعويض الدائن إذا لم يقبل الغير الالتزام، وإنما هو التزام أصيل[1]، فالخيار أمام المتعهد إما التعويض وإما إلزام نفسه أمام الدائن، أما في الكفالة فالأصل تنفيذ الالتزام عيناً وإذا كان به إرهاقاً للكفيل أو اسـتحال تنفيـذه وجب عليه التعويض.

ويلاحظ أيضاً أن المتعهد يجعل الغير ملزماً بأمر دون تنفيذه، لذلك يمكن أن يكون تعهد عن الغير ثم كفالة مثل[2]: أ.تعهد أمام ب.بان يجعل ج.يلتزم بتوقيع عقد بيع معه (أي مـع ب). ثم بعد ذلك يقوم أ بدور الكفيل بأن يتعهد بان ينفذ هو العقد إذا لم يفِ به ج.

---

(1) عبد السلام، سعيد، الوجيز في التامينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 27.

(2) المعنى ذاته أبو السعود، رمضان، التامينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص45.

المطلب الثامن: الكفالة والفضولي

الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك (المادة 188 مدني مصري)[1].

وقد تشتبه أحكام الفضالة بأحكام الكفالة وذلك في حالة رجوع الكفيل على المدين، إذا قام الكفيل بالعمل دون إذن من المدين[2] وفق القانون المدني المصري أما وفق مجلة الأحكام العدلية فلا يجوز للكفيل الرجوع على المدين إذا كانت دون أمره.

وأما الفرق فهو أن يشترط بما يقوم به الفضولي أمراً عاجلاً غير ملزم به، في حين لا يشترط في الكفالة أن يكون الأمر عاجلاً، ويكون الكفيل ملزماً بتنفيذ العقد أمام الدائن وفقاً للشروط المتفق عليها بينهما في العقد[3].

ويعتبر الفضولي نائباً لرب العمل إذا تم التعاقد باسم رب العمل ولحسابه، وعلى رب العمل تنفيذ التعهدات التي أبرمها الفضولي، أما الكفيل فهو ليس نائباً عن المدين في تنفيذ العقد، بل تابعاً له فهو يقوم بتنفيذ الالتزام الأصلي المفروض على المدين في حال تخلف الأخير عن القيام بذلك.

المطلب التاسع: الكفالة والضمان الناشيء عن تظهير الأوراق التجارية[4]

سبق القول إن ضمان الأوراق التجارية هو كفالة تجارية بنص القانون استثناء على قاعدة أن الكفالة مدنية ويعتبر ضامن ومظهر الورقة التجارية ملتزمان التزاماً أصلياً أمام الدائن لأنهما متضامنين مع غيرهم من المظهرين، ويحق للدائن مطالبة أيٍ منهما بكل الدين طبقاً لأحكام التضامن، أما التزام الكفيل فهو التزام تبعي لإلتزام المدين.

---

(1) تقابلها المادة 207 من المشروع المدني الفلسطيني. انظر أيضاً استئناف مدني فلسطيني رقم 348 / 86 وارد في عواد، نصري، مجموعة المبادىء القانونية الصادرة عن محكمة الإستئناف في الدعاوي الحقوقية، مرجع سابق، ص625.

(2) سأدرس ذلك عند البحث في علاقة الكفيل بالمدين.

(3) السرحان، عدنان، العقود المسماة في المقاولة، الكفالة، مرجع سابق، ص 234.

(4) للمزيد: ما ورد سابقا عند دراسة أنواع الكفالة حسب طبيعتها في المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الأول.

الفصل الثاني

أركان عقد الكفالة

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الرضا

المطلب الأول: الرضا بين الكفيل والدائن

المطلب الثاني: الأهلية

المطلب الثالث: إثبات عقد الكفالة وتفسيره

المبحث الثاني: المحل

المطلب الأول: وجود الالتزام الأصلي أو إمكانية وجوده

المطلب الثاني: أن يكون الالتزام الأصلي صحيحاً ومشروعاً

المطلب الثالث: أن يكون الالتزام الأصلي معيناً

المبحث الثالث: السبب

المطلب الأول: إذا كان سبب الكفالة تبرعاً

المطلب الثاني: إذا كان سبب الكفالة معاوضة

الفصل الثاني

أركان عقد الكفالة

المبحث الأول

الرضا

سبق الذكر أن أطراف الكفالة هم الدائن والكفيل وان المدين ليس طرفاً فيها، ولكن تظهر أهميته عند رجوع الكفيل عليه بما أدى من الدين. وسأتناول ضمن الرضا:

- المطلب الأول: الرضا بين الكفيل والدائن في عقد الكفالة
- المطلب الثاني: الأهلية
- المطلب الثالث: إثبات عقد الكفالة وتفسيره

المطلب الأول: الرضا بين الكفيل والدائن

تمت الإشارة في خصائص عقد الكفالة أنه عقد رضائي وقد اتفق الفقهاء على أن الكفالة لا تتم إلا بالإيجاب، ولكن الاختلاف كان في القبول على النحو التالي:

الرأي الأول: وهو رأي أبي يوسف وهما روايتان:

الرواية الأولى: إن الكفالة تنعقد بإيجاب الكفيل، ولكن لا تنفذ وتكون موقوفة على إجازة المكفول له(أي عقد منعقد ولكن لم يرتب آثاره).

الرواية الثانية: إن الكفالة تنعقد بإيجاب الكفيل والخيار للمكفول له فإن شاء قبلها أو أن ردها(عقد صحيح نافذ ولكن غير لازم)[1].

---

(1) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، رجع سابق، ص 740.

الرأي الثاني: وهو من الشافعية ويرون أن إيجاب الكفيل وحده وبإرادته المنفردة يكفي في انعقاد الكفالة وتنفيذها[1]، فهي عندهم ليست عقداً بل تصرفاً بإرادة منفردة[2].

الرأي الثالث: وهو رأي أبي حنيفة ومحمد بن حسن الشيباني، ومؤدى هذا الرأي أن الكفالة تنعقد بالإيجاب من الكفيل والقبول من المكفول له، لأن الكفالة عندهم تفيد معنى التمليك فيشترط فيها الإيجاب والقبول[3]، كالبيع وهي ليست التزاماً محضاً حتى تنعقد بالإيجاب فقط[4].

ويرى الباحث انه يترتب على أهمية التفرقة بين الكفالة التي تنعقد بالإيجاب، أو تنعقد بالإيجاب والقبول ما يلي:

1- إن الكفالة التي تنعقد بالإيجاب وحدة تكون صحيحة وتنفذ في غياب المكفول له ولا يشترط قبوله في مجلس العقد، عكس الكفالة التي تنعقد بالإيجاب والقبول التي يشترط فيها قبول المكفول له في مجلس العقد(المادة 621 من المجلة).

2- تفترق الرواية الأولى عن الرواية الثانية للإمام أبي يوسف، أنه في الأولى إذا تم الإيجاب من الكفيل ثم توفي المكفول له قبل أن يصل إليه خبر الكفالة، فإن الكفالة لا تنعقد ولا تنفذ وتكون باطلة، أما الرواية الثانية فإذا صدر الإيجاب من الكفيل ثم مات المكفول له قبل أن يصل خبر الكفالة، فالكفالة صحيحة وتنفذ (المادة 621 من المجلة).

3- يشترط أن يكون المكفول له عاقلاً وبالغاً في الرأي الذي يشترط القبول، في حين لا يشترط ذلك وفقاً للرأي الذي لا يشترط القبول، مثل لو كان المكفول له صبياً أو محجوراً عليه لا تنعقد الكفالة لأن الصبي غير أهل ليقبل العقد إذا كنا بصدد عقد كفالة يشترط فيه الإيجاب القبول، أما إذا كانت الكفالة بإيجاب الكفيل وحده دون قبول المكفول له، فالكفالة في المثال صحيحة وتنفذ.

---

(1) الشربيني, مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج, ج2, مرجع سابق, ص260.

(2) فالعقد: التزام المتعاقدين أمراً وتعهدهما وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول (المادة103 من مجلة الأحكام العدلية).

(3) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج5، مرجع سابق، ص283.

(4) زيدان، عبد الكريم، الكفالة والحوالة في الفقه المقارن، مرجع سابق، ص 123.

4- يشترط أن يتم الإيجاب والقبول في الكفالة بالألفاظ التي تدل عليها مثل أنا كفيل بدينك عليه، والقبول مثل قبلت أو رضيت هذا وفقاً للرأي الذي يشترط الإيجاب والقبول، في حين لا يشترط القبول بأي لفظ إذا اشترط الإيجاب فقط[1]، وهذا ما جاء في المادة 622 من المجلة " إيجاب الكفيل أي ألفاظ الكفالة هي الكلمات التي تدل على التعهد والالتزام في العرف والعادة مثلا لو قلت كفلت أو أنا كفيل أو ضامن تنعقد الكفالة ".

5- يسقط التزام الكفيل لو رجع عن كفالته قبل قبول المكفول له عند من يشترط القبول بينما لا يسقط التزام الكفيل ولا رجوع عنها قبل قبول المكفول له عند من لا يشترط القبول وإنما الإيجاب وحده (المادة 621 من المجلة).

وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بما جاء في الرواية الثانية للإمام أبي يوسف حيث نصت المادة 621 "تنعقد الكفالة وتنفذ بإيجاب الكفيل وحدة ولكن إن شاء المكفول له ردها فله ذلك وعلى هذا لو كفل احد في غياب المكفول له بدين له على احد ومات المكفول له قبل ان يصل إليه خبر الكفالة يطالب الكفيل بكفالته هذه ويؤاخذ بها".

ويرى الباحث أن هذا الرأي هو الأرجح ولا حاجة لاشتراط قبول المكفول له وذلك للأسباب التالية:

أ- ما جاء في حديث سلمة بن الاكوع (أن النبي أتى بجنازة فقال هل عليه دين؟... فقال أبو قتادة علي دينه يا رسول الله)[2]. ففي هذا الحديث الكفالة صحيحة دون اشتراط القبول.

ب- يجيز القانون سداد الدين دون إذن المدين فمن باب أولى جواز الكفالة دون إذن المدين أيضا،[3] وهذا ما جاءت به المادة1568 من المجلة "لا يتوقف الإبراء على القبول"، وكذلك المادة1569 "يصح إبراء الميت من دينه".

ج- إن الكفالة نفع للمكفول له وتوثيق لحقه وليس عليه ضرر فلا حاجة لقبوله.

---

(1) ذكر هذا الفرق في زيدان، عبد الكريم، الكفالة والحوالة في الفقه المقارن، مرجع سابق، ص 740.

(2) البخاري، محمد بن اسماعيل أبو عبد الله الجعفي، الجامع الصحيح المختصر،799/2، حديث رقم(2168)،43- كتاب الحوالات،3- باب إن أحال بين الميت على رجل أجاز.

(3) الزحيلي، وهبه، العقود المسماة في قانون المعاملات الإماراتي والقانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص313

ولقد اعتبر المشرع المصري الكفالة كسائر العقود التي يشترط فيها الإيجاب والقبول من المكفول له، ويكفي أن يكون رضا المكفول له ضمنا وسكوته يعتبر رضاً منه لأن في الكفالة منفعة له(المادة 98\2 مدني مصري). أما رضا الكفيل ففيه رأيان:

الرأي الأول[1]: الذي يكتفي في انعقاد الكفالة رضا الكفيل والدائن وفقاً للمبادئ العامة في المادة 90 مدني مصري" التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً..." حيث لم يفرد القانون نصوصاً خاصة لكيفية تعبير الكفيل عن إرادته ويكفي أن يكون واضحاً.

الرأي الثاني[2]: يشترط هذا الرأي أن يكون رضا الكفيل صريحاً واستندوا في ذلك إلى المادة 773 مدني مصري التي تشترط الكتابة لإثبات عقد الكفالة.

ويرى الباحث أن أصحاب الرأي الأول هم الأرجح حيث لا يوجد نص يحدد أن يكون رضا الكفيل صريحاً، وأما اشتراط الكتابة كما جاء في المادة 773 مدني مصري فهي للإثبات وليس للانعقاد، فيجوز إذن انعقاد الكفالة برضا الكفيل الصريح أو الضمني. وما جاءت به مجلة الأحكام العدلية كان أفضل حيث نصت المادة 622 منها " إيجاب الكفيل أي ألفاظ الكفالة التي تدل على التعهد والالتزام في العرف والعادة..." مثل اللفظ الصريح تكفلت به أو تحملته، ومثل لفظ الكناية مثل دين فلان علي، وإذا خلا تعبير الكفيل عن معنى التعهد والالتزام فلا تنعقد الكفالة[3].

ويجب أن يكون رضا الكفيل خالياً من عيوب الرضا وفقاً للقواعد العامة وهي:

الإكراه، الغلط، التدليس أو التغرير المقترن بغبن، الاستغلال.

---

(1) سعيد، نبيل، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 268.

(2) زكي، محمود، دروس في التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 30-31.

(3) زيدان، عبد الكريم، الكفالة والحوالة في الفقه المقارن، مرجع سابق، ص 128.

1. الإكراه: وهو التعاقد تحت سلطان وهيبة تولدت نتيجة التهديد بخطرة، فالإكراه يحبس حرية المتعاقد وذلك لأنه يجبر على القيام بعمل بحيث لا يرضى أن يقوم به لولا هذا الإكراه[1]، (المادة 948 من مجلة الأحكام العدلية والمادة 127 مدني مصري).

مثال حمل الزوج زوجته بما له من سلطة عليها أن تكفله في دين كبير عليه، وهي تعلم أن زوجها لا يستطيع الوفاء بهذا الدين (المادة142 مدني أردني)، ويجب أن يثبت الكفيل المكره (وهي الزوجة في المثال) أن الدائن يعلم أو يستطيع أن يعلم أن الكفيل تعرض للإكراه من المدين (المادة128 مدني مصري).

2. الغلط: عبارة عن وهم يقوم في ذهن أحد المتعاقدين يحمله على الاعتقاد بصحة أمر على خلاف الحقيقة، بحيث يبرم عقداً ما كان ليبرمه لو أدرك حقيقة الأمر[2] (المادة1/121 مدني مصري والمادة208من المجلة).

ويجب أن يكون الغلط جوهرياً يبلغ حد الجسامة بحيث يمتنع على المتقاعد الواقع في الغلط على إبرام العقد لو لم يقع في الغلط (المادة1/121مدني مصري).

مثال: أن يقع الكفيل في غلط جوهري، كأن يعتقد أن الدين لا يرتب فوائد، وإذا به يرتب فوائد.

3. التدليس أو التغرير المقترن بغبن: ورد مسمى التدليس في القانون المدني المصري (المادة125 مدني مصري)، وورد التغرير المقترن بغبن في مجلة الأحكام العدلية (المادة 356 من المجلة) أما التغرير فهو الغش كما لو قال المشتري للبائع إن متاعك لا يساوي ألفا فبعه مني بألف فأنت الرابح (المادة 164 من المجلة) والغبن هو غبن على قدر نصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار أو زيادة (المادة 165 من المجلة). ويعرف أي

---

(1) الفضل، منذر: **النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام**، الجزء الأول، د.ط، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1996، ص 173.

(2) سعد، نبيل إبراهيم: **النظرية العامة للالتزام–مصادر الالتزام**–القاهرة: دار الجامعة الجديد، 2004، ص164.

المسميان أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسائل احتيالية أو قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن يرتضى بغيره[1].

مثال ذلك: كأن يوهم الدائن الكفيل بان المدين موسر أو أن هناك ضمانات أخرى تضمن الوفاء بالدين[2].

4. الاستغلال: هو إستغلال أحد المتعاقدين ما لدى المتعاقد الآخر من طيش أو هواً جامحاً عند إبرام العقد وذلك للحصول منه على مزايا دون مقابل، أو على مزايا لا تتناسب البتة مع ما يحصل عليه هذا المتعاقد[3]. أما في الفقه الإسلامي فيرى السنهوري أن استغلال العاقد المغبون في عدم خبرته أو في حاجته أو في طيشه ورعونته ففي هذا المعنى يقرب كثيرا الاستغلال في الفقه الغربي[4].

ويجوز للكفيل إذا وقع في احد عيوب الرضا السالفة الذكر أن يجيز العقد أو يبطله. فهو قابل للإبطال حسب القواعد العامة في القانون المدني المصري وموقوف على الإجازة وفق مجلة الأحكام العدلية[5].

وأما رضا المكفول عنه فهو غير معتبر في عقد الكفالة لأنه ليس طرفاً فيها. فبإيجاب الكفيل وحده تنعقد الكفالة ما لم يردها المكفول له(المادة 621 من المجلة). وكذلك ما ورد في القانون المدني المصري في المادة 77 " تجوز كفالة المدين بغير علمه وتجوز رغم معارضته"[6].

---

(1) الأهواني، حسام الدين كامل: **النظرية العامة للالتزام بمصادر الالتزام**- الجزء الأول، الطبعة الثانية، 1995، ص162

(2) أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 68.

(3) سعد، نبيل، النظرية العامة الالتزام، مرجع سابق، ص194.

(4) السنهوري، عبد الرازق: **مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي**، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 1998، ص142.

(5) يترتب على الإكراه البطلان في المذهب الشافعي، مشار إليه في السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج2، مرجع سابق، ص 212.

(6) وقد طبقت محكمة النقض المصرية ذلك في الطعن مدني مصري رقم 227 لسنة 37 ق- جلسة 1972/12/28 سنة المكتب الفني 23 وارد في CD مكتبة أحكام المحاكم العربية العليا، مرجع سابق.

المطلب الثاني: الأهلية[1]

لقد تمت الإشارة بإيجاز إلى الأهلية عند البحث في شروط الكفيل والمكفول له(الــدائن) والمكفول عنه(المدين) وسيتم تناول ذلك بالتفصيل:-

الفرع الأول: أهلية الكفيل

أجمع شراح مجلة الأحكام العدلية على أهلية التبرع للكفيل[2] وقد جاء في المــادة 628 التي نصت على أنه "يشترط في انعقاد الكفالة كون الكفيل عاقلاً بالغاً فلا تصح كفالة المجنــون والمعتوه والصبي ولو كفل حال صباه لا يؤاخذ وان اقر بعد البلوغ بهذه الكفالة". ومفاد المــادة السابقة:

1- يجب أن يكون الكفيل عاقلاً بالغاً رشيداً[3].

2- إذا كان الصبي تاجراً يجوز له أن يكفل إذا كان ماذوناً بممارسة التجارة(المــادة 972 مــن المجلة).

3- لا تصح الكفالة من المحجور لسفه[4] عند الحنفية والمالكية وبعض الشافعية أما الحنابلة فقد أجازوا الكفالة من المحجور عليه لسفه، ولكن لا أثر لها إلا بعد فك الحجر عنه[5]، وأمــا قبل الحجر عليه فتصرفاته كباقي الناس صحيحة أما بعد الحجر فكفالتة غيــر صــحيحة

---

(1) تقسم الأهلية إلى أهلية وجوب، وهي تعني أهلية التمتع بالحقوق وتحمل الالتزامات. وأهلية أداء: وهي تعنــي أهليــة إبرام التصرفات القانونية، الفار، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص16.

(2) للمزيد: ما ذكر سابقا في خصائص عقد الكفالة بأنها قائمة على التبرع.

(3) الرشيد هو الذي يتقيد بحفظ مالة ويتجنب الإسراف والتبذير (المادة 947 من المجلة) لذلك فان الضابط في بلوغ ســن الرشد حسب المجلة ليس الوصول لسن معينة للاعتراف باهليتة كما في القوانين الأخرى بل أن يتقيد الشخص بالمحافظــة على ماله بدون إسراف أو تبذير.

(4) السفيه هو الذي ينفق مالة في غير موضعه ويبذر في نفقاتة ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف والذين لا يزالون يغفلون يغفلون في أخذهم وإعطائهم ولا يعرفون طريق تجارتهم وتمتعهم بسبب بلاهــتهم وخلــو قلــوبهم يعــدون أيضــا مــن السفهاء(المادة 946 من المجلة).

(5) السرخسي, شمس الدين, **المبسوط**, ج20, ط3, بيروت دار المعرفة للطباعة والنشر, ص10. عرفة، محمد: **حاشــية الدسوقي على الشرح الكبير**, دار احياء الكتب العربية, ج3, ص335.سطرجي, محمود وآخرون: **الحــاوي الكبيــر**, ج8, بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع, 1994, ص143.

(المادة991 من المجلة)، وإذا تم إنكار المدين لدينه وأقر الكفيل بها وكان سفيها بكفالة الدين لا يصح إقراره بكفالة الدين ولا ينفذ الدائن على أمواله (المادة994 من المجلة).

وتصح كفالة المحجور عليه لفلس عند الإمام أبي حنيفة والشافعية والحنابلة واستدلوا أن كفالة المفلس جائزة لأنه أهل للتبرع إذ إنه عاقل وبالغ والحجر عليه يكون في المال لا في الذمة، وما دامت الذمة صحيحة فالكفالة صحيحة[1]، أما الشيخان(الإمام أبو يوسف والإمام محمد) من الحنفية فيريان أن كفالة المفلس المحجور عليه غير جائزة لان المحجور عليه لا ينفذ تبرعه إلا بإجازة الدائن وبالتالي تصرفه باطل، وبناء عليه تكون الكفالة غير صحيحة[2].

أما المريض فإذا كان مرضه غير مميت له فحكمه حكم الكفالة الصحيحة، وإذا كان مريضاً مرض الموت[3]، وإذا الدين مستغرق بتركته فكفالته باطلة، أما إذا كان الدين غير مستغرق لتركته فهي جائزة في حدود الثلث لأنه تبرع[4]، وهذا ما جاء في المادة 1605 من المجلة " الكفالة بالمال في هذا المبحث في حكم الدين الأصلي، بناء عليه لو كفل احد في مرض موته دين وارثه أو مطلوبه لا يكون نافذا وإذا كفل للأجنبي تعتبر من ثلث ماله وأما إذا اقر في مرض موته بكونه قد كفل الأجنبي في حال صحته فيعتبر إقراره من مجموع ماله ولكن تقدم ديون الصحه إن وجدت".

ولم يختلف فقهاء القانون المصري في اشتراط أهلية التبرع للكفيل فهو ضمن العقود التبرعية وفق الأصل، فلا تجوز الكفالة الصادرة من السفيه وذي الغفلة والمحجور عليه لجنون أو عته[5]، ويجب أن يكون عاقلاً بالغاً سن الرشد وهي إحدى وعشرون سنه ميلادية كاملة (المادة 44 مدني مصري) وإلا وقعت الكفالة باطلة بطلاناً مطلقاً.

---

(1) السرخسي, المبسوط, ج20, مرجع سابق, ص10. الشربيني, مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج, ج2, مرجع سابق, ص 258. البهوتي, كشاف القناع, ج3, ص362.

(2) ابن عابدين, حاشية رد المحتار، ج5, ص283.

(3) مرض الموت: هو الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن دارة وان كان من الذكور(المادة 1595 من المجلة).

(4) السالوس، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، مرجع سابق، ص 64 وهذا ما جاء في المادة 843 من مرشد الحيران.

(5) أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 72.

ويجوز للشريك كامل الأهلية أن يكفل الشركة التي هو شريك فيها ويجوز للشـــركة أن تكفله[1]، وإذا أعطى الكفيل شخصاً آخر توكيلاً بالكفالة فيجب أن تتوافر في الموكل أي الكفيـــل أهلية التبرع ولا يشترط ذلك في الوكيل لأن العقد الذي ينعقد بإرادة النائـــب ينـــتج أثـــره فـــي الشخص الأصل وهو الكفيل[2].

وإذا كانت الكفالة بمقابل فإنه يشترط في الكفيل أهلية التصرف وليس أهلية التبرع[3].

الفرع الثاني: أهلية الدائن(المكفول له)

تعتبر الكفالة بالنسبة للدائن عملاً نافعاً نفعاً محضا، فلا يلزم أهلية معينة لـــه إذا كانـــت الكفالة دون مقابل ولم تشترط مجلة الأحكام العدلية أهلية معينة للمكفول له لأنها لا تشترط قبوله لصحة عقد الكفالة وتنفيذ ه وهذا الحكم في المجلة مأخوذ من المالكية وأبي يوســف الـــذين لـــم يشترطوا البلوغ والعقل في المكفول له، لأن الكفالة تنعقد بإيجاب الكفيل وحده، فـــلا يلـــزم أن يكون المكفول له أهلاً للقبول[4] وذلك بالاستناد إلى حديث سلمة بن الاكوع (أن النبي صـــلى الله عليه وسلم أتى بجنازة فقال:هل عليه دين ؟... فقال أبو قتادة علي دينه يا رسول الله) في حـــين اشترط أبو حنيفة ومحمد لانعقاد الكفالة إيجاب الكفيل وقبول المكفول له لأن الكفالة عقد يملك به المكفول له حق مطالبة الكفيل لذا يجب أن تتوافر الأهلية لكل من الكفيل والمكفول له.

ولم يشترط القانون المدني المصري أهلية معينة للمكفول له لأن الكفالة تعتبر عملاً نافعاً بالنسبة له (المادة 2/98 مدني مصري).

وإذا كانت الكفالة بمقابل فإنها تعتبر عملاً قانونياً وبالتالي يجب أن تتوافر فيه نفس أهلية الكفيل وهي أهلية الأعمال الدائرة بين النفع والضرر ويجب أن يكونـــا بـــالغين عـــاقلين غيـــر محجور عليهم[5].

---

(1) السنهوري، الوسيط، ج10، مرجع سابق، ص 81.

(2) سعد، نبيل، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 271.

(3) السالوس، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، مرجع سابق، ص 67.

(4) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج5، مرجع سابق، ص 281. ص71.البهوتي، كشاف القناع، ج3، مرجع سابق، ص 365.

(5) مرقس، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 22.

الفرع الثالث: أهلية المدين(المكفول عنه)

نصت المادة 629 من المجلة على أنه " لا يشترط أن يكون المكفول عنه عاقلاً وبالغاً فتصح الكفالة بدين المجنون والصبي".

ولم يشترط القانون المدني المصري رضا المكفول عنه (المدين) كما جاء في المادة 775 "يجوز كفالة المدين بغير عمله وتجوز أيضاً رغم معارضته " وبناء على ذلك لا تشترط أهلية معينة له أيضاً.

ولا خلاف في أنه إذا تمت الكفالة لصالح المدين عديم الأهلية كالمجنون والصبي فلا يجوز للكفيل الرجوع عليهم سواء أكانت بأمرهم أم بغير أمرهم لأنه لا قيمة له كإقرارهم فتكون الكفالة عنهم تبرعاً[1].

وقد جاء القانون المدني المصري بنص خاص بكفالة التزام ناقص الأهلية في المادة 777 مدني مصري" من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت بسبب نقص أهلية كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول ". ومفاد هذه المادة:

1- إذا كان الكفيل لا يعلم بنقص الأهلية للمدين فله التمسك بإبطال الكفالة، حتى لو لم يتمسك به المدين

2- إذا كان يعلم بسبب قابلية الالتزام للبطلان وقت انعقاد الكفالة، فلا يجوز للكفيل التمسك ببطلان الكفالة لبطلان التزام المدين إلا إذا تمسك به المدين نفسه[2].

3- إذا كانت الكفالة عقدت بسبب قابلية اللتزام المكفول بالإبطال، فيكون التزام الكفيل هنا التزاماً أصلياً تجاه الدائن، فإذا أبطل المدين التزامه بسبب نقص أهليته فلا يجوز للكفيل التمسك بهذا الدفع فالتزام الكفيل معلق على شرط تمسك المدين بإبطال التزامه، فان تحقق الشرط أصبح الكفيل مديناً أصلياً في مواجهة الدائن[3].

---

(1) زيدان، عبد الكريم، الكفالة والحوالة في الفقه المقارن، مرجع سابق، ص 165.

(2) الشهاوي، قدري، أحكام عقد الكفالة- التضامن- التضامم في التشريع المصري، مرجع سابق، ص 121.

(3) سعد، نبيل، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 285.

المطلب الثالث: إثبات عقد الكفالة وتفسيره

الفرع الأول: إثبات عقد الكفالة

جاء في المادة 621 من مجلة الأحكام العدلية "تنعقد الكفالة بإيجاب الكفيل فقط ولكن إن شاء المكفول له ردها فله ذلك وتبقى الكفالة ما لم يردها المكفول به وعلى هذا لو كفل احد في غياب المكفول له بدين له على أحد ومات المكفول له قبل أن يصل إليه خبر الكفالة يطالب الكفيل بكفالته هذه ويؤاخذ بها ".

لم تشترط مجلة الأحكام العدلية إثبات الكفالة كتابة، وإنما اشترطت أن يتم التلفظ بعبارة تدل على التعهد والالتزام في العرف والعادة فلو قال إنا كفيل أو ضامن... انعقدت الكفالة (المادة 622 من مجلة الأحكام العدلية).

وكذلك لو قال أنا زعيم أو قبيل أو حميل أو غريم، أو هو علي أو إليّ أو لك عندي... تصح الكفالة، فالزعامة بمعنى الكفالة، والغرامة بمعنى الضمان، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " الزعيم غارم"[1]، وكذلك القبالة بمعنى الكفالة قال تعالى " أو يأتي بالله والملائكة قبيلاً"[2]. وتذكر بمعنى الكفالة صبير[3].

بالنسبة للقانون المدني المصري، جاء في المادة 773 " لا ثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة "[4].

ويترتب على المادة السابقة:

---

(1) أبو داود،سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، 17- كتاب البيوع باب: في تضمين العارية، ج2، ص319،حديث رقم(3565)/ ورواه أيضاً الترمذي، محمد بن عيسى أبو عيسى السلمي،الجامع الصحيح، سنن الترمذي، دار احياء التراث العربي، بيروت، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، كتاب: البيوع: باب:ما جاء أنَ العارية مؤداه، قال: ابو عيسى حديث حسن غريب،ج3،ص565،حديث رقم"1265".

(2) الاية92 من سورة الإسراء.

(3) الكاساني، البدائع، ج 5، مرجع سابق، ص2-3.للمزيد مصطفى، محمود، الكفالة انواعها وطرق الإبراء منها، مرجع سابق، ص51.

(4) تقابل المادة 965 من المشروع المدني الفلسطيني.

1- اشتراط الكتابة لإثبات عقد الكفالة بشكل مطلق[1] وذلك خلافا للقواعد العامة في المادة 60 من قانون الإثبات المصري رقم 25 لسنة 1968[2])" في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على مائة جنيه أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك"[3].

2- يعتد بالكتابة الرسمية أو العرفية[4].

3- وجوب إثبات الكفالة بالكتابة حتى لو لم يشترط بالنسبة للالتزام الأصلي.

4- إنه عقد رضوي يتم بمجرد الإيجاب مع القبول (وفقاً للمادة 89 مدني مصري)، لذلك فإن الكتابة تشترط للإثبات وليس للانعقاد، فالكتابة قررت لمصلحة الكفيل والدائن لأن الكفالة ضمانة مهمة لحق الدائن، فإذا أضاع السند الكتابي أو سرق أو تلف...أو إذا وجد مانع أدبي فإنه يجوز الإثبات بطرق الإثبات كافة.

ويجوز الإثبات بشهادة الشهود بشروط وهي:

1. إذا وجد مبدأ الثبوت بالكتابة وكل كتابة تصدر من الخصم يكون من شانها أن تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت كتابة (1/62إثبات مصري)

2. إذا وجد مانع مادي أو أدبي (المادة 1/63 إثبات مصري)

فإذا لم تتوافر الشروط السابقة لإثبات العقد بشهادة الشهود، لا يصح الإثبات إلا بالكتابة لعقد الكفالة.

---

(1) G.H.Treitel:**The Law Of Contracts**.Ninth Edition , London,1995.P.166-167

(2) وسأشير إلية لاحقاً بإثبات المصري، ما جاء في المادة 1/62 والمادة 1/63 إثبات مصري تقابل المادة 71 من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم 4 لسنة 2001.

(3) تقابل المادة 68 من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم 4 لسنة 2001 فيما عداد القيمة وهي مائتي دينار.

(4) الكتابة الرسمية: التي يقوم بتحريرها موظف عام مختص وفقاً لأوضاع قانونية معينة. الكتابة العرفية: التي يقوم بتحريرها الأفراد دون التقيد بشكل معين، وارد في المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني ص960.

مثال: إذا طالب الدائن الكفيل بمبلغ الكفالة وهو 2000 دينار، ولم يكن بينهما سند كتابي يثبت ذلك، فدعواه مردوده لأن النص صريح في المادة 773 في اشتراطه الكتابة في الإثبات، وإذا أجاز القانون له إثبات الكفالة بشهادة الشهود فذلك من خلال الشروط السابقة وهي مبدأ ثبوت الكتابة أي وجود كتابة في الأصل، وانه ضاع الدليل الكتابي أو سرق أوضاع ... ولكن أن لم يوجد أصلا كتابة فلا يجوز له الإثبات بالشهادة.

وعند اشتراط الكتابة يجب أن تكون ثابتة التاريخ حتى يجوز الاحتجاج بها على الغير كما إذا وفى الكفيل الدين وحل محل الدائن في الرهن الرسمي مثلاً، وكان هناك دائن مرتهن تالٍ له في المرتبة[1].

ويرى الباحث أنه يجب ترك إثبات عقد الكفالة للقواعد العامة للإثبات لأنه عقد رضوي، كما جاءت به مجلة الأحكام العدلية من حرية لإثبات للعقود بشكل عام فكانت أفضل من القانون المدني المصري، لذلك يقترح الباحث على المشرع الفلسطيني الإقتداء بمجلة الأحكام العدلية في إثبات عقد الكفالة بكافة طرق الإثبات.

وإذا كانت الكفالة تجارية فلا يتقيد إثباتها بالكتابة حتى في علاقة الكفيل بالدائن[2]، فقد جاء في المادة 51 تجارة أردني " لا يخضع إثبات العقود التجارية مبدئياً للقواعد الحصرية للعقود المدنية فيجوز إثبات العقود المشار إليها بجميع طرق الإثبات مع الاحتفاظ بالاستثناءات الواردة في الأحكام القانونية الخاصة"، وكذلك ما جاء في المادة 68 بينات فلسطيني" 1/في المواد غير التجارية إذا كان الالتزام تزيد قيمتة على مائتي دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانونا أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك".

---

(1) السنهوري، الوسيط، ج10، مرجع سابق، ص80

(2) أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص112-113.لان طبيعة المعاملات التجارية تتطلب السرعة والائتمان فيجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات.

الفرع الثاني: تفسير عقد الكفالة

قد يكون تعبير الكفيل عن الإرادة صريحاً وثابتاً بالكتابة ولكنها تحتاج إلى تفسير في عبارات متعارضة، مثل عبارة التزام شريك متضامن أو التزام على سبيل الكفالة، وفي هذه الحالة نطبق قاعدة الشك يفسر لمصلحة المدين (المادة 151 مدني مصري)، فيكون التفسير لمصلحة الكفيل، أي تفسير التزامه على سبيل الكفالة وليس تضامناً.

وأما مجلة الأحكام العدلية فقد جاء في المادة 3 منها " العبرة في المقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ولذا يجري حكم الرهن في بيع الوفاء"، وكذلك المادة 12من المجلة " الأصل في الكلام الحقيقة". فالأصل الإعتماد على الإرادة الظاهره إلا إذا ظهرت قرينة المخالفة فنطبق قاعدة العبرة للمقاصد والمعاني.

ويجب تفسير عبارات عقد الكفالة دون توسع لان الأصل أن الكفيل متبرع، فيفترض أنه أراد الالتزام بالأقل لا بالأكثر[1].

---

(1) مرقس، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص24.

المبحث الثاني

المحل

وهو الركن الثاني لعقد الكفالة فيتحدد التزام الكفيل في الكفالة تبعا للالتزام الأصلي المكفول من حيث وجود الأخير أو إمكانية وجوده أو صحته وأن يكون مشروعاً وصحيحاً وكذلك يجب على الكفيل أن يكون التزامه معين تجاه الدائن بما يراه مناسباً. وسأتناول في هذا المبحث:

المطلب الأول: وجود الالتزام الأصلي أو إمكانية وجوده

فالكفالة أصلاً عقد تابع لالتزام أصلي ودون هذا الأخير لا تقوم الكفالة.

فيجوز كفالة الالتزام أياً كان مصدره كالعقد[1] مثل كفالة عقد قرض، فيكون للمقترض كفيل بالمبلغ الذي اقترضه، ويمكن أن يكون كفالة التزام مصدره العمل غير المشروع حيث يكفل الكفيل المدين في مقدار التعويض أمام الدائن[2]، وقد يكون مصدره الإثراء بلا سبب مثل أن يقدم رب العمل كفيلاً للفضولي يضمن فيه التزامه نحوه[3]، وقد يكون كفالة التزام مصدره القانون[4] مثل الجار يأتي بكفيل يكفله أمام جاره في التزامه بتعويض الأضرار بسبب الجوار[5].

وستتم دراسة عدة التزامات يمكن أن ترد إلى الالتزام الأصلي:

الفرع الأول: كفالة الالتزام الشرطي

نصت المادة 640 من مجلة الأحكام العدلية على أنه "ليس للكفيل أن يخرج نفسه من الكفالة بعد انعقادها، ولكن له ذلك قبل ترتب الدين في ذمة المدين في الكفالة المعلقة أو المضافة"

---

(1) الطعن مدني مصري رقم 192 لسنة 35 بتاريخ 1969/4/17 سنة، المكتب الفني20، وارد في CD مكتبة أحكام المحاكم العربية العليا، مرجع سابق.

(2) السنهوري، الوسيط، ج10، مرجع سابق، ص 38.

(3) أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 77.

(4) زكي، محمود، دروس في التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 46.

(5) السنهوري، الوسيط، ج 10، مرجع سابق، ص 38.

ومفاد هذه المادة أن الكفيل ملزم بتنفيذ الكفالة بعد انعقادها ولا يستطيع أن يرجع عنها، إلا في الكفالة المعلقة على شرط[1] أو مضاف إلى أجل، فللكفيل خيار أن يخرج نفسه منها قبل ترتب الدين في ذمة المكفول عنه (الدائن) بشرط أن يعلم الدائن بذلك الرجوع أو أن يلتزم بها، أما بعد ترتب الدين فليس له الخروج منها[2].

وقد جاء أيضا في المادة 2/778 من مدني مصري "تجوز الكفالة في الدين الشرطي".

فإذا كان الدين الأصلي معلقاً على شرط واقف[3] كان التزام الكفيل كذلك، فإذا تحقق الشرط الواقف أصبح التزام المكفول عنه نافذاً وتبعه التزام الكفيل، وإذا تخلف الشرط يزول التزام المكفول عنه وعليه يزول التزام الكفيل[4]. وتجوز كفالة الدين المعلق على شرط فاسخ، فإذا تحقق الشرط الفاسخ فإن الدين الأصلي ينفسخ بأثر رجعي وكذلك ينفسخ التزام الكفيل تبعاً لذلك[5].

الفرع الثاني: كفالة الالتزام المستقبل

نصت المادة 652 من المجلة على أنه " إن كان الدين معجلاً على الأصيل في الكفالة المطلقة ففي حق الكفيل أيضا يثبت معجلاً وإن كان مؤجلاً على الأصيل ففي حق الكفيل أيضا يثبت مؤجلاً "[6].

(1) الشرط: أمر مستقبل غير محقق الوقوع يتوقف على تحققه وجود الالتزام أو زواله، وارد في الفار، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص135.

(2) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، مرجع سابق، ص788.

(3) الشرط الواقف وهو الشرط الذي يترتب على تحققه وجود الالتزام، وارد في الفار، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص136.

(4) مرقس، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 31.

(5) الشرط الفاسخ وهو الشرط الذي يترتب على تحققه زوال الالتزام، وارد في الفار، أحكام الألتزام، مرجع السابق، ص136.

(6) لم يعرف الفقه الإسلامي تقسيم الشرط إلى واقف وفاسخ وإنما أساس ذلك الفقه اللاتيني أو الجرماني ورد ذلك في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج 1، مرجع سابق، ص465.

أي أن الدين الذي على الأصيل إذا كان معجلاً أو مؤجلاً فهو على الكفيل و إذا كانـت الكفالة مطلقة تجوز كفالة التزام المستقبل ويجوز أيضا أن يكون الدين مـؤجلاً علـى الأصـيل وحالاً على الكفيل(المادة 635 من المجلة) أو أن يكون الدين مؤجلاً على الأصيل بمدة أطول من تلك المؤجلة على الكفيل(المادة 654 من المجلة) مثال دين مؤجل على الأصـيل إلـى شـهر، ومؤجله على الكفيل مدة خمسة عشر يوماً.

وأما في للقانون المدني المصري فقد في المادة 778 "1/ تجوز الكفالـة فـي الـدين المستقبل إذا حدد مقدماً المبلغ المكفول.

2/ على انه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة كان له في أي وقـت أن يرجع ما دام الدين المكفول لم ينشأ". فلهذه المادة شقان:

الشق الأول: أنه يجب أن يحدد الحد الأقصى للمبلغ المكفول في الدين المستقبل[1]، وذلك حماية للكفيل، الذي سيكفل ديناً لم يوجد، فأقل حق له أن يعلم مقدار هذا الدين حتـى لا يتـورط فيها[2].

وإذا كانت الكفالة في هذا الشق تنشأ قبل نشوء الالتزام الأصلي مع أنها تابعة لـه فقـد رأى بعضهم[3] أن الكفالة في هذه الحالة معلقة على شرط واقف وهو نشوء الالتـزام الأصـلي، وهذا جائز لأن القانون أعطى الحق للمتعاقدين أن يكون محل الالتزام شيئاً في المسـتقبل وفـق القواعد العامة يجوز أن يكون محل الالتزام مستقبلاً (المادة1/131 مدني مصـري) [4]، وأمـا الكفالة التي هي تطبيق لهذه المادة، فهي ضمان التزام مستقبل ولكن تنفيذ عقد الكفالة معلق على شرط واقف وهو وجود الالتزام الأصلي[5].

---

(1) طعن مدني مصري رقم 690 لسنة 40 بتاريخ 1976/3/15 سنة، المكتب الفني 27، وارد فـي CD مكتبـة أحكـام المحاكم العربية العليا، مرجع سابق.

(2) السنهوري، الوسيط، ج10، مرجع سابق، ص 53.

(3) مرقس، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 29

(4) لا يجوز أن يكون محل الالتزام في تركة مستقبلية، وإذا حصل ذلك فانه باطل وبالتالي تبطل الكفالـة تبعـاً للالتـزام الأصلي (المادة 2/131 مدني مصري).

(5) يحيى، عبد الودود، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 33.

الشق الثاني: إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة، كان له في أي وقت أنْ يرجع ما دام الدين المكفول لم ينشأ بعد. مفاد المادة السالفة الذكر:

1.إذا كانت الكفالة محددة للالتزام المستقبل

مثل تحديد مدة الكفالة ستة شهور ففي هذه الحالة لا يجوز للكفيل أن يرجع عن كفالتــه طوال هذه المدة. ولو قبل تحقق الالتزام الأصلي المكفول، ويكون التزام الكفيل خلال ستة شهور ضامناً للدين الذي ينشأ في ذمة المدين أو جزء منه، وبما لا يتجاوز المبلغ المحدد في الكفالة كما مر سابقاً، ولا يبرأ من الكفالة إلا إذا انقضت المدة المحددة[1].

2- الكفالة غير محددة المدة للالتزام المستقبل

لم يشترط القانون تحديد مدة كفالة الالتزام المستقبل[2]، ويجوز للكفيل أن يرجـــع عــن كفالته ما دام الدين لم ينشأ في ذمة المدين الأصلي، ولكن لا ينتج هذا الرجوع أثره إلا بعد إعلام الطرف الآخر به وهو الدائن، طبقاً للمادة 91 مدني مصري.

وكفالة الدين المستقبل شائعة في العمل مثل كفالة الاعتماد الــذي يفتحــه البنــك لأحــد عملائه، فالبنك يفتح لعميله اعتماد قيمته ألف دينار مثلا مقابل ضمان(كفالة) الوفاء بما يســحبه المدين من هذا الاعتماد[3].

الفرع الثالث: كفالة الالتزام الطبيعي

الالتزام الطبيعي: هو التزام يفتقر إلى إجبار المدين على تنفيذه فيتوفر في هذا الالتــزام عنصرالمديونية دون عنصر المطالبة أو المسؤولية[4].

---

(1) طعن مدني مصري رقم 31 لسنة، 42 – جلسة 1976/6/14 سنة 27، وارد فــي العمروســي، أنــور، التضــامن والتضامم والكفالة في القانون المدني، مرجع سابق، ص 293.

(2) طعن مدني مصري رقم 323 لسنة 37ق- جلسة 1972/5/9 سنة 23. وارد في العمروسي، أنور، مرجع سابق، ص 280.

(3) تناغو، سمير، التأمينات الشخصية، مرجع سابق، ص45.

(4) الفار، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 16. ويقابل الالتزام الطبيعي في القانون الوضــعي مــا يســمى فــي الفقــه الإسلامي الواجب ديانة، أما الالتزام المدني فيقابله الواجب قضاء. أما خصائص الالتزام الطبيعي: 1.انه لا يجــب علــى المدين الوفاء جبراً. 2. وإذا أوفي الدين اختيار وهو يعلم انه غير ملزم قانوناً بالوفاء به كان قضاء، فيكون له حكم الوفاء بالتزام في ذمته وليس تبرع فلا يجوز له الرجوع فيه واسترداد ما دفعه، وارد في المذكرات الإيضاحية للقــانون المــدني الأردني، ج1، مرجع سابق، ص365.

كفالة الالتزام الطبيعي:

نصت المادة 631 من مجلة الأحكام العدلية على أنه "يلزم في الكفالة بالمـــال أن يكـــون المكفول به مضموناً على الأصيل بمعنى أن يكون إيفاؤه يلزم الأصيل".

فمفاد هذه المادة انه يجب أن يكون المدين ملزماً بالوفاء، فإذا لم يكن كـــذلك لا تصـــح الكفالة، مثل كفالة الالتزام الطبيعي حيث إن المدين غير مطالب قضاء بتنفيذ التزامه كمـــا مـــر سابقاً ولذلك لا تصح كفالته[1].

ولم يرد في أيٍ من نصوص القانون المدني المصري ما يوضح هذه المسألة، وقد انقسم الفقه في ذلك إلى رأيين:

الرأي الأول: يرى عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعي:

1- لأن الالتزام التابع لا يكون أشد من الالتزام المتبوع.

2- ولأنه لو أجزنا كفالة الالتزام الطبيعي لكان بالامكان إجبار الكفيل على الوفاء بالدين إذا لم يف به المدين[2].

الرأي الثاني: أنه يجوز كفالة الالتزام الطبيعي وذلك استناداً للمادة 777 مدني مصـــري التي تجيز كفالة التزام ناقص الأهلية الذي يصبح بعد إبطاله التزاماً طبيعياً تجوز كفالتـــه وهـــذا يسري على الالتزام الطبيعي[3].

ويرى الباحث أن ما جاءت به مجلة الأحكام العدلية والرأي الأول من الفقـــه المصـــري والمادة 7 من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي تنص على أنه " لا يجـــوز تـــأمين الـــدين

---

(1) السرحان، عدنان، العقود المسماة في المقاولة، الكفالة، مرجع سابق، ص 199.
(2) عبد السلام، سعيد، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 49.
(3) مرسي، محمد، العقود المسماة، ج1، مرجع سابق، ص 110.

الطبيعي بكفالة شخصية أو رهن ما دام ديناً طبيعياً " هو الصواب من حيث عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعي وذلك للآتي:

1- يمكن الرد على من قال إنه يجوز بالقياس على كفالة التزام ناقص الأهلية، فهذا التزام أصلي كما سنرى لاحقاً، وليس التزاماً تابعاً، بالإضافة إلى أن الاستثناء لا يجوز القياس عليه أو التوسع فيه.

2- إذا أجزنا كفالة الالتزام الطبيعي فيستطيع الدائن أن يجبر الكفيل على الالتزام إذا لم يف به المدين وفقاً لطبيعة الكفالة، وهذا غير معقول لان المدين أصلاً غير مجبر على التزامه لأنه التزام طبيعي، وإذا وفى الكفيل كفالته للدائن فإنه يجوز للكفيل الرجوع على المدين بما أوفاه وبالتالي هي طريقة غير مباشرة لإجبار المدين على الوفاء.

3- لا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين (المادة 780مدني مصري)، فلا يمكن أن يكون التزام المدين طبيعياً والتزام الكفيل مدنياً.

وإذا قدم المدين كفيلاً للدائن في التزامه الطبيعي فيمكن تفسير ذلك أن المدين جدد دينه للالتزام الطبيعي بالتزام مدني، ويجب أن يتفق صراحة على التجديد فهو لا يفترض (المادة 1/354 مدني مصري).

المطلب الثاني: أن يكون الالتزام الأصلي صحيحاً ومشروعاً

حتى يكون التزام الكفيل قائماً وصحيحاً يجب أن يكون التزام المدين الأصلي صحيحاً بداية، وهذا مقتضى التبعية[1].

---

(1) الفقرة الثالثة من الطعن مدني مصري رقم 860 لسنة 43 بتاريخ 1980/2/18 سنة المكتب الفني 31، وارد في CD مكتبة أحكام المحاكم العربية العليا، مرجع سابق.

فالتزام الكفيل يدور مع الالتزام الأصلي صحة وبطلاناً ووجوداً وعدماً (كما هي القاعدة في أي عقد تابع)، حيث يجوز لأي كفيل متضامن أو غير متضامن التمسك بـــبطلان الالتـــزام الأصلي لإبطال التزامه (أي التزام الكفيل) (المادة 1/782) [1].

وبناء عليه إذا كان الالتزام الأصلي باطلاً أو قابلاً للإبطال (موقوف) كان التزام الكفيـــل كذلك.

الفرع الأول: إذا كان الالتزام الأصلي باطلاً مطلقاً

نصت المادة 47 من مجلة الأحكام العدلية على أن " التابع تابع " فـــإذا كـــان الالتـــزام الأصلي باطلاً فالتزام الكفيل باطل، لأن الالتزام الأصلي غير مضمون على الأصيل ولا يلزمـــه إيفاؤه (المادة 631 من المجلة) لذا فهوغير مضمون على الكفيل.

ولم يكن القانون المدني المصري مختلفاً عن مجلة الأحكام العدلية في هذه المسألة، فمـــا بطلان الكفالة تبعاً لبطلان الالتزام الأصلي إلا تطبيقاً للقواعد العامة، ولكن إذا كان الكفيل يعلـــم ببطلان الالتزام الأصلي وبالرغم من ذلك تعهد بالوفاء فيصبح التزامه هنا أصلياً وليس تابعاً[2]، ويلحق بصحة الالتزام المكفول أن يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب.

والأمثلة كثيرة على الالتزامات الباطلة مثل إذا كان المحل مستحيلاً(المادة 132 مـــدني مصري) أو غير معين(المادة 1/133 مدني مصري)، أو كان مخالفـــاً للنظـــام العـــام والآداب (المادة 135 مدني مصري) أو كان سببه غير مشروع (المادة 136 مـــدني مصـــري) أو كـــان القانون يشترط شكلية معينة لانعقاد الالتزام ولم تتوفر (المادة 89 مدني مصري) مثل هبة العقار بغير ورقة رسمية (المادة 1/488مدني مصري)، أما الضامن الاحتياطي فلا يجوز له الاحتجاج ببطلان التزامه لبطلان التزام المدين المضمون إلا إذا كان هناك عيب في الشكل (المـــادة 420 مدني مصري).

---

(1) الطعن مدني مصري 46 47 لسنة 61 ق – جلسة 1992/6/7. وارد في العمروسي، أنور، التضامن والتضامم فـــي القانون المدني، مرجع سابق، ص 298.

(2) مرسي، محمد، العقود المسماة، ج1، مرجع سابق، ص105.

الفرع الثاني: إذا كان الالتزام الأصلي باطلاً بطلاناً نسبياً

يكون الالتزام موقوفاً على الإجازه إذا شاب رضا المدين إكراه أو إذا صدر من فضولي وفق ما ورد في مجلة الأحكام العدلية في المواد (377 – 378 – 1006) ويكون الالتزام باطلاً بطلاناً نسبياً إذا شاب رضا المدين إكراه أو غلط أو تدليس أو استغلال أو بسبب نقص أهلية المدين أو إذا صدر من فضولي وتصرف هؤلاء قابلاً للإبطال حسب القانون المدني المصري[1](المواد 119 و120 و126 و127 مدني مصري).

لم تشر مجلة الأحكام العدلية إلى حكم كفالة الالتزام الموقوف، ولكنها أجازت كفالة إحدى التزامات العقد الموقوف وهي كفالة التزام ناقص الأهلية في المادة 629 من المجلة " لا يشترط كون المكفول عنه عاقلاً وبالغاً فتصح الكفالة بدين المجنون والصبي "، ويمكن تعميم هذا النص على الحالات الأخرى للعقد الموقوف على الإجازة ولكن المادة 631 من المجلة اشترطت أن يكون المكفول به مضموناً على الأصيل أي يلزمه إيفاؤه حتى تصح الكفالة ولا يكون الالتزام مضموناً أو واجباً على المدين الا بعد إجازته، فإذا تمت الإجازة وفق القواعد العامة صحت الكفالة وان لم تتم الإجازة فلا تصح الكفالة.

ونصت المادة 776 مدني مصري على أنه " لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً " ولا يكون الالتزام القابل للإبطال صحيحاً إلا بعد إجازته ممن يحق له ذلك ولذا تصح الكفالة ولكن إذا تمسك المدين بإبطال الالتزام فيبطل تبعا لذلك التزام الكفيل[2].

وقد رأى بعضهم[3] تعميم نص المادة 777 على حالات كفالة العقد القابل للإبطال التي تنص على أنه "من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزماً بتنفيذ الالتزام وإذا لم ينفذه المدين المكفول".

---

(1) ويرى الباحث أن العقد الموقوف أفضل من العقد القابل للإبطال، لان الأول غير نافذ حتى تتم إجازته بينما الثاني فهو نافذ وينتج آثاره حتى يتم إبطاله. فأولى بالمشرع الفلسطيني أن يأخذ بالعقد الموقوف أفضل من العقد القابل للإبطال.

(2) عبد السلام، سعيد، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص43.

(3) زهران، همام، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص108.

ولتفسير الماد 777مدني مصري ثلاث فروض سيتم تعميمها قياسا على كفالة الالتزامات القابلة للأبطال:

الفرض الأول: إذا كان الكفيل لا يعلم بقابلية التزام المدين للإبطال بنقص أهلية المـــدين، نطبق عليه القواعد العامة بحيث يصبح التزام الكفيل قائما إلى حين صدور حكم بإبطال الالتزام المكفول.

وإذا تمسك المدين بإبطال التزامه بطل التزام الكفيل بالتبعية ولكن إذا لم يتمسك المـــدين بإبطال التزامه يرى بعضهم[1] أن التزام الكفيل يبقى قائماً، في حين يرى البعض الآخر[2] انـــه يجوز للكفيل التمسك بالإبطال حتى لو لم يتمسك به المدين وذلك استنادا للمـــادة 782 والمـــادة 794مدني مصري[3]، وكذلك بما ورد في المادة 1042 مدني مصري التي تتعلق بالكفيل العيني الذي لا يختلف عن الكفيل الشخصي بصفتهم تابعين للالتزام الأصلي وتنص المادة الســـابقة " إذا كان الراهن غير المدين كان إلى جانب تمسك بأوجه الدفع الخاصة به وان تمسك بمـــا للمـــدين التمسك به من أوجه الدفع المتعلقة بالدين ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المدين".

ويرى الباحث أن الرأي الصواب هو إنه يجوز للكفيل التمسك بالدفوع الخاصة بالالتزام الأصلي حتى لو لم يتمسك بها المدين، فالتزام الكفيل تابعاً وليس أصلياً، ولذا يجب الأخذ بعـــين الاعتبار جميع الأحوال التي يمكن أن تخفف من التزامه.

الفرض الثاني: إذا كان الكفيل يعلم أن الالتزام قابل للإبطال، ويأخذ هذا الفـــرض حكـــم الفرض الأول إلا انه يختلف عنه أن الكفيل إذا كان يعلم بقابلية الالتزام للإبطال فلا يجـــوز لـــه التمسك بإبطال الالتزام إلا إذا تمسك به المدين الأصلي[4].

---

(1) المرجع السابق، ص108

(2) السنهوري، الوسيط، ج10، مر جع سابق، ص45.

(3) تنص المادة 782" يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين". وتنص المادة 794 " يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين"، ذكر هذان الرأيان في زهران، همام، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص108-110.

(4) الشهاوي، قدري، احكام عقد الكفالة- التضامن- التضامم، مرجع سابق، ص 78.

الفرض الثالث: إذا كانت الكفالة بسبب أن الالتزام قابل للإبطال أو موقوف، وهذا الفرض أساس المادة 777 مدني مصري فالتزام الكفيل في هذا الفرض التزام معلق على شرط واقف كما يرى بعضهم فإذا لم ينفذ المدين الأصلي التزامه وتمسك بإبطال التزامه فانه يتحقق الشرط ويصبح الكفيل مديناً اصلياً وعليه تنفيذ الالتزام[1]، وأما إذا أجاز المدين التزامه ولم يتمسك بالإبطال، يصبح (المكفول عنه) هو المدين الأصلي[2]، ويبقى هنا الكفيل كفيلاً ضامناً تنفيذ الالتزام[3].

ويرى الباحث أن من العدالة تعميم المادة 777 مدني مصري على حالات العقد القابل للإبطال ولا أن يقتصر ذلك فقط على التزام ناقص الأهلية الذي هو إحدى حالات العقد القابل للإبطال، لذلك يقترح الباحث على المشرع الفلسطيني أن يستعين بالمادة 1042 مدني مصري والمادة 782 مدني مصري لتعديل نص المادة 919 من المشروع (التي تطابق المادة 777 مدني مصري) بحيث تصبح "1- يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين وله أن يتمسك بجميع الدفوع الخاصة به وبجميع الأوجه التي يحتج بها المدين حتى لو تنازل عنها المدين.

2- على انه من كفل التزاماً موقوفاً وكانت الكفالة بسبب ذلك كان الكفيل ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه أو لم يجزه المدين المكفول".

المطلب الثالث: أن يكون الالتزام الأصلي معيناً

وتعني تعيين محل التزام الكفيل بما ينفي عنه الجهالة الفاحشة التي تفضي للنزاع حول محله أو موضوعه، وقد يتم تعيين محل التزام الكفيل تبعاً للالتزام الأصلي من حيث أطرافه ومصدره ومحله وأجله وهو ما يسمى بالكفالة المطلقة، وقد يخفف الكفيل أو يزيد من التزامه في عقد الكفالة وهو ما يسمى بالكفالة المحددة، لذلك فإن تعيين محل التزام الكفيل يكون متروكاً لحرية الكفيل، وسيتم تناول ذلك في:

---

(1) القيسي، محمد، الكفالة في المنظورين الشخصي والمصرفي، مرجع سابق، ص106.

(2) السنهوري، الوسيط، ج10، مرجع سابق، ص 49.

(3) طلبه، أنور: **الوسيط في القانون المدني**، الجزء الرابع، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 1998، ص1099.

الفرع الأول: الكفالة المطلقة

وهي التي تخلو من قيد التعجيل أو التأجيل فتثبت المطالبة في ذمة الكفيل بالصفة التي تثبت في ذمة الأصيل(1) بحيث تكون مطابقة للالتزام الأصلي من حيث نطاقه وملحقاته وشروطه وطريقة الوفاء به مكاناً وزماناً(2).

لقد تناولت مجلة الأحكام العدلية الكفالة المطلقة في نصوصها فقد جاء في المادة 630 منها " إنْ كان المكفول به نفسا يشترط أن يكون معلوما وإنْ كان مالاً لا يشترط أن يكون معلوماً فلو قال أنا كفيل بدين على فلان تصح الكفالة وان لم يكن مقداره معلوماً "، فهذا النص يجيز كفالة الدين دون تحديد قيمتة، وكذلك ما جاء في المادة 625 من المجلة " كما تنفذ الكفالة مطلقة كذلك تنفذ بقيد التعجيل والتأجيل ..." والمادة 652"...إن كان الدين معجلاً على الأصيل في الكفالة المطلقة ففي حق الكفيل أيضا يثبت معجلاً و إن كان مؤجلاً على الأصيل ففي حق الكفيل يثبت مؤجلاً" فالتبعية أساسيه في الكفالة المطلقة فإذا كان الدين الأصلي مؤجلاً، أو إذا كان معجلاً أو حالاً كانت الكفالة كذلك، وتشمل الكفالة المطلقة صفة الدين فإذا كان مقسطاً على المدين فهو كذلك على الكفيل(3).

ولم يتناول القانون المدني المصري بشكل مباشر الكفالة المطلقة ولكن جاء في المادة 781 " إذا لم يكن هنالك اتفاق خاص فان الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل".

ومؤدى ذلك أن الكفالة تشمل كل ما يتعلق بالدين من أصل ومصروفات المطالبة وكذلك ما ورد في المادة 2/780 مدني مصري التي تنص " تجوز الكفالة بشروط أهون " فإذا كان الالتزام الأصلي معلقاً بشرط أو مضافاً إلى أجل كان التزام الكفيل كذلك، وما ورد في المادة 781 مدني مصري والمادة 2/780 مدني مصري هو مضمون الكفالة المطلقة.

---

(1) زيدان، عبد الكريم، الكفالة والحوالة في الفقه المقارن، مرجع سابق، ص 142، انظر (الملحق الأول) نموذج لصيغة عقد كفالة مطلقة، ص 200.

(2) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 810.

(3) زهران، همام، التامينات الشحصية والعينية، مرجع سابق، ص 94.

الفرع الثاني: الكفالة المحددة

وهي عكس الكفالة المطلقة بحيث لا تتبع الالتزام المكفول بجميع أوصافه وقيوده فقد يكون الالتزام الأصلي منجزا والكفالة معلقة على شرط أو مضافة إلى أجل(1).

ولم يرد في نصوص القانون المدني المصري أنواع للكفالة المحددة ولكن تركت ذلك لمبدأ سلطان الإرادة كباقي العقود فالعقد شريعة المتعاقدين بما لا يخالف النظام العام والآداب (المادة 135 مدني مصري)، وبما لا يخالف أيضا المادة 780 مدني مصري الآمره التي تخص الكفالة فتنص على أنه " لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول ". إذن هناك معياران يحكمان تحديد محل الكفالة في القانون المدني المصري وهما:

1- معيارعام للعقود وهو عدم المخالفة للنظام العام والآداب.

2- معيار خاص بعقد الكفالة بحيث لا يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين، فتجوز الكفالة المعلقة على شرط أو مضاف إلى أجل أو مؤقتة، أما المعجلة فهي غير جائزة كما سنرى لاحقا لأنها مخالفة لهذا المعيار.

وسيقتصر الباحث الحديث عما جاء في مجلة الأحكام العدلية من أمثلة للكفالة المحددة وما جاءت به من أحكام:

أولا: الكفالة المعلقة وهي التي يتعلق وجودها على وجود شيء آخر(2)

نصت المادة 623 من المجلة على أنه " تكون الكفالة بالوعد المطلق أيضا: مثلا لو قال إن لم يعطك فلان مطلوبك فانا أعطيك ..." وللكفالة المعلقة على شرط عدة شروط حتى تكون صحيحة:

(1) المادة 914 من المشروع المدني الفلسطيني.

(2) الفار، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 137.

1- شروط عامة وهي أن الشرط أمر مستقبل، فالواقعة في الحاضر لا تصلح لأن تكون شرطا[1]. مثل إن قال: إن كان لك دين على فلان فأنا كفيل لك بهذا الدين ثم تبين أن هذا كان مدينا فعلاً وقت إنشاء الكفالة[2]، وهو(أي الشرط) أيضا أمر غير محقق الوقوع أي محتمل بحيث لا تكون مؤكدة الوقوع أو مستحيلة[3]، وان لا يكون الشرط مخالفاً للنظام العام والآداب مثل كفالة دين قمار[4].

2- أن يكون تعهد الكفيل ما يدل على التعهد والالتزام بالعرف والعادة لانعقاد الكفالة (المادة 622 من المجلة).

3- أن تكتسب هذه المواعيد صورة التعاليق حتى تصير لازمة على الكفيل (المادة 84 من المجلة).

4- إن تعلق الكفالة على شرط ملائم[5].

وهذا الشرط عند مذهب الأحناف، فأجازوا تعليق الكفالة على شرط ويجب أن يكون ملائماً دون غيره[6]، أما الشافعية فلهم ثلاثة آراء:

الرأي الأول: لا يجوز تعليق الكفالة بشرط، لأن هذا عقد وهو كالبيع ولا يقبل التعليق.

الرأي الثاني: يمنع تعليق الكفالة لأنها مبنية على الحاجة.

الرأي الثالث: يجوز تعليقها بشرط لأن القبول لا يشترط أي يجوز تعليقها كالطلاق[7].

---

(1) وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية، الموسوعة الفقهية، ج34، الطبعة الاولى، الكويت: مطابع دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، ص 291.

(2) زيدان، عبد الكريم، الكفالة والحوالة في الفقه المقارن، مرجع سابق، ص 132.

(3) الفار، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 137.

(4) المرجع سابق، ص 140.

(5) ويقسم الشرط الصحيح في الفقه الإسلامي إلى أ- شرط يقتضيه العقد ب- شرط يلائم العقد ج- شرطاً جرى به التعامل بين الناس مشار ذلك في السنهوري، عبد الرزاق: **مصادر الحق في العقد الإسلامي**، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، بيروت – منشورات الحلبي الحقوقية، 1998، ص 106.

(6)ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج5، مرجع سابق، ص 305-306.

(7) الأنصاري، شمس الدين محمد بن أبي العباس الشهير بالشافعي الصغير: **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، الجزء الرابع، الطبعة الأخيرة، مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ص441. مغني المحتاج، ج2، مرجع سابق ص207.

وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بما جاء به الأحناف، وذلك في المادة 623 " تكون الكفالة بالوعد المطلق أيضا: مثلا لو قال إن لم يعطك فلان مطلوبك فأنا أعطيكه ..." ويرى الباحث أن هذا الرأي الأرجح في جواز التعليق على شرط ملائم لأن الكفالة يجوز التوسع فيها بما تقتضيه المصلحة.

وإذا علقت الكفالة على شرط غير ملائم فيرى بعضهم أن الشرط يبطل وتبقى الكفالة صحيحة[1] وهو ما يرجحه الباحث، أما الرأي الآخر فيرى بطلان الكفالة[2].

وللشرط الملائم في شرح المادة 623المجلة السالفة الذكر ثلاثة أنواع[3]:

1- شرط هو سبب لوجود الحق مثل قول الكفيل للمشتري أنا كفيل لك بالثمن إن استحق المبيع،فاستحقاق المبيع سبب لوجوب رد الثمن إلى المشتري من البائع إذا كان قد تسلم منه.

2- شرط تسهيل استيفاء الدين: مثل قول الكفيل للمكفول له إذا قدم فلان أي المكفول عنه فأنا كفيل بدينك عليه.

3- شرط هو سبب لتعذر استيفاء الدين مثل قول الكفيل إذا مات مدينك ولم يترك مالاً فأنا كفيل بدينك.

4- تعليق الكفالة بالشرط الذي يجري عليه العرف ويسير عليه الناس في معاملاتهم، مثل إن لم يعطك فلان فأنا أعطيكه (المادة623 من المجلة).

ثانيا: الكفالة المضافة إلى مستقبل

وهي الكفالة التي يكون الدين فيها غير موجود عند إنشائها وتعلقت به بسبب إضافتها إليه، مثل قول الكفيل للدائن أنا كفيل لك بما ستقرضه لفلان من مال وهي صيغة تفيد المستقبل، أو بسبب تعليقها به مثل إن أقرضت فلاناً مائة دينار فأنا كفيل بها[4].

---

(1) زيدان، عبد الكريم، الكفالة والحوالة في الفقه المقارن، مرجع سابق، ص134.

(2) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج5، مرجع سابق، ص307.

(3) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الاحكام، المجلد الأول، مرجع سابق، ص744.

(4) برج،أحمد، الكفالة بالمال واثرها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 101.

وفرق الحنفية بين إضافة الكفالة وتأجيل الدين المكفول به، فالكفالة المضافة هي التي تتعلق بدين غير موجود، أما الكفالة المؤجلة فهي التي يكون فيها الدين موجوداً وقد يكون هذا الدين حالاً أو مؤجلاً، فإذا كان الدين حالاً والكفالة مؤجلة، فلا يتأجل الدين إلا بالنسبة للكفيل[1].

وفي الكفالة المؤجلة يلتزم الكفيل بأداء المكفول به في الأجل المحدد بغض النظر من كون الدين الأصلي مؤجلاً أو حالاً ... أما في المضافة إلى المستقبل فإن المطالبة بالمكفول به تكون بالصفة التي عليها الدين في ذمة الأصل من حيث تأجيله[2].

واشترط الحنفية والحنابلة في الصحيح وعندهم إلى صحة الكفالة إذا أضيفت إلى أجل أو وقت معلوم أو مجهول جهالة غير فاحشة كإضافتها للحصاد، أما إذا كانت مضافة إلى أجل مجهول جهالة فاحشة وغير متعارف عليه مثل نزول المطر فإنه يبطل التأجيل وتصح الكفالة[3].

وذهب الشافعية إلى عدم صحة الكفالة المضافة فالكفالة الصحيحة هي الكفالة المنجزة، لأن الكفالة عقد ولا تقبل التعليق كالبيع[4].

وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بما جاء به الأحناف، وذلك في المادة 636 " أما في الكفالة التي انعقدت معلقة بشرط أو مضافة إلى زمان مستقبل فلا يطالب الكفيل ما لم يتحقق الشرط و يحل الزمان...".

ثالثا: الكفالة المؤقتة

وهي أن يكفل شخص شخصاً آخر مدة معلومة ومحددة، فإذا انتهت المدة المحددة انتهت الكفالة وبرأ الكفيل [5]، مثل قول الكفيل للدائن أنا كفيل بدين فلان من اليوم حتى نهاية الشهر

---

(1) الكاساني, بدائع الصنائع, ج6, مرجع سابق, ص3.

(2) زيدان، عبد الكريم، الكفالة والحوالة في الفقه الفقه المقارن، مرجع سابق، ص 142.

(3) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج5، مرجع سابق، ص307. البهوتي، كشاف القناع، ج3، مرجع سابق، ص 376.

(4) البغى، الإمام أبي محمد الحسين بن مسعود: **التهذيب في فقه الإمام الشافعي**، الجزء لرابع، الطبعة، الأولى، بيروت: دار الكتب العلمية، 1997، ص180.

(5) (الملحق الثاني) نموذج لصيغة كفالة مؤقتة كمثال للكفالة محددة، ص 201.

الحالي[1]، فمن اليوم المحدد حتى نهاية الشهر الحالي يبقى الكفيل ملزماً بالكفالة ويحق للدائن مطالبته بها خلال هذه المدة فإذا انتهت برأ الكفيل من الكفالة.

والكفالة المؤقتة سواء بالدين أو بالنفس جائزة عند الحنفية[2]، أما الشافعية فالكفالة بالمال المؤقتة غير جائزة فالمقصود فيها الأداء (التنجيز) أما الكفالة بالنفس فهي عند بعضهم غير جائزة والأصح عندهم أنها جائزة لأنه قد يكون للكفيل غرض في تسليم المكفول به خلال هذه المدة[3]، وقد أجاز المالكية الكفالة المؤقتة بشرط أن يكون المدين موسراً ولو في أول الأجل فقط، أو أن يكون معسراً وموسراً في أثناء الأجل المحدد للكفالة[4].

وقد اختارت مجلة الأحكام العدلية رأي الحنفية فأخذت بالكفالة المؤقتة، فنصت المادة 639 " لا يطالب الكفيل في الكفالة المؤقتة إلا في مدة الكفالة...".

وللكفالة المؤقتة عدة صور:

1- أن يذكر الكفيل بداية المدة وانتهاءها مثل أنا كفيل من اليوم إلى نهاية الشهر الحالي.

2- أن يذكر الكفيل فقط نهاية المدة فقط دون ذكره بداية الكفالة مثل أنا كفيل فلان إلى شهر. وقد ذكرابن العابدين أنه في هذه الحالة ليست كفالة مؤجلة وإنما مؤقتة لأن الناس لا يقصدون إلا توقيت الكفالة بالمدة وأنه لا كفالة بعدها، وأن ألفاظ الكفالة تكون بناء على العرف والعادة[5].

3- إن لم يذكر الكفيل بداية الكفالة (من) ولا انتهاءها (إلى) مثل أنا كفيل المدين ثلاثة أيام.

---

(1) الموسوعة الفقهية، ج34، مرجع سابق، ص 294.

(2) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج5، مرجع سابق، ص 289.

(4) الأنصاري، نهاية المحتاج، ج4، مرجع سابق، ص 456.

(4) عرفة, محمد, حاشية الدسوقي والشرح الكبير, ج3, مرجع سابق، ص331.

(5)ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج5، مرجع سابق، ص 289.

4- إذا ذكر الكفيل بداية التزامه بكلمة (من) ولم يذكر انتهائها مثل أنا كفيل دين فلان من اليوم ‘فالكفالة هنا منجزة وليست مؤقتة، أو قوله أنا كفيل من بداية الأسبوع القادم فالكفالة هنا تنعقد مضافة إلى مستقبل وليست مؤقتة[1].

رابعا: الكفالة المعجلة

وهي الكفالة التي يطالب فيها الكفيل بالحال وإن كانت مؤجلة في حق الأصيل[2].

ولا يجيز الحنابلة الكفالة المعجلة، ويعتبرون انه إذا كان الدين مؤجلا على الأصيل فانه يتأجل على الكفيل لأن الفرع يتبع الأصل[3].

ويجيز الشافعية ضمان المؤجل حالاً لأن الضمان تبرع فيحتمل اختلاف صفة الدين في ذمة المكفول عنه للحاجة[4].

وقد ذهبت مجلة الأحكام العدلية بما ذهب إليه الشافعية حيث نصت المادة 625 على أنه "كما تنعقد الكفالة مطلقة كذلك تنعقد بقيد التعجيل والتأجيل بأن يقول أنا كفيل على أن يكون الايفاء في الحال أو في الوقت الفلاني".

والكفالة المعجلة غير جائزة إذا أردنا تطبيق القانون المدني المصري عليها، لأنها مخالفة لقاعدة آمرة وهي نص المادة 780 مدني مصري " لا يجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول " وإذا حصل أو عقدت بين الكفيل والدائن كفالة معجلة فإن الكفالة لا تبطل وإنما تتأجل إلى نفس مدة الالتزام الأصلي[5] وإذا وإذا عقدت كفالة معجلة برضا الكفيل والدائن، فيكون المتعاقد مع الدائن مدينا وليس كفيلا[6].

---

(1) ذكرت هذه الصورفي زيدان، عبد الكريم، مرجع سابق، ص 140.

(2) حيدر، دررالحكام في شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 771.

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج3، مرجع سابق، ص374.

(4) الأنصاري، نهاية المحتاج، ج4، مرجع سابق، ص 443.

(5) طلبه، أنور، الوسيط في القانون المدني، مرجع سابق، ص1102.

(6) أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 107.

خامسا: الكفالة التضامنية

قد يكون محل التزام الكفيل تضامنه مع المدين الأصلي وهذا هو الأصل في مجلة الأحكام العدلية فالكفيل متضامن مع المدين من حيث المطالبة (المادة 612 والمادة 644 من المجلة) إلا إذا اتفق على خلاف ذلك، إذ إن هذا ليس من النظام العام ويمكن الاتفاق على خلافه بنص المادة 636 من المجلة " أما في الكفالة المعلقة بشرط...فلا يطالب الكفيل ما لم يتحقق الشرط...مثلا لو قال إن لم يعطك فلان مطلوبك فأنا كفيل بادائه تنعقد الكفالة مشروطة ويكون الكفيل مطالبا إن لم يعطه فلان المذكور ولا يطالب الكفيل قبل المطالبة من الأصيل، وكذا لو قال: إن سرق فلان مالك فأنا ضامن تصح الكفالة، فإذا ثبتت سرقة ذلك الرجل يطالب الكفيل..."

أما القانون المدني المصري فالأصل فيه أن الكفيل غير متضامن مع المدين إلا إذا اتفق على خلاف ذلك (المادة 1/788 مدني مصري)، وإذا اتفق صراحة على تضامن الكفيل مع المدين فإن الكفيل يحرم من ثلاثة دفوع أساسية خاصة بعقد الكفالة وهي الدفع بالمطالبة والدفع بالتجريد والدفع بالتقسيم[(1)]، ولكن يبقى له حق الاحتجاج بالدفوع الخاصة به وتلك الخاصة بالتزام المدين[(2)]، فالكفيل المتضامن وإن كان يفقد مزايا مقررة للكفيل العادي إلا أنه يبقى تابعا للالتزام الأصلي[(3)] (المادة 794 مدني مصري)، ومتى حصل الدائن على حكم واجب النفاذ ضد المدين والكفيل المتضامن فيجوز له (الدائن) التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على أموال المدين الأصلي[(4)].

---

(1) الفقرة الثالثة من الطعن مدني مصري رقم 5083 لسنة 63 بتاريخ 1995/1/29 سنة المكتب الفني 46 وارد في CD مكتبة أحكام المحاكم العربية العليا، مرجع سابق.

(2) وهذه ميزة تفرق الكفيل المتضامن عن المدين المتضامن حيث أن المدين المتضامن لا يجوز له التمسك بالدفوع الخاصة بمدين آخر متضامن معه، الطعن مدني مصري 327 لسنة 38 ق-جلسة 1972/12/28 س23، وارد في العمروسي، أنور، التضامن والتضامم والكفالة في القانون المدني، مرجع سابق، ص292.

(3) مرقس، الوافي، مرجع سابق، ص 141.الفقرة الثالثة من الطعن مدني مصري رقم 431 لسنة 31 بتاريخ 1966/4/5 سنة المكتب الفني 17، والفقرة الثانية من الطعن مدني مصري رقم 690 بتاريخ 1976/3/15 سنة المكتب الفني 27. المرجع السابق والفقرة الثالثة من الطعن مدني مصري رقم 860 لسنة 43 بتاريخ 1980/2/18 سنة المكتب الفني 31. وردت هذه الطعون في CD مكتبة أحكام المحاكم العربية العليا، مرجع سابق.

(4) طلبه، أنور، الوسيط في القانون المدني، مرجع سابق، ص1120.

سادسا: الكفالة بالنفس

الكفالة بالنفس: هي التي يكفل فيها شخص بتسليم شخص معلوم فإن أحضره في لوقت المحدد يبرأ الكفيل من الكفالة (المادة 642 من المجلة). وإن لم يحضره يحبس[1]، وإذا تعهد الكفيل بإحضار المكفول في وقت معين وإلا فعليه دينه، فإنه يلزم بأداء الدين إذا لم يحضره في الوقت المحدد(المادة651 من المجلة).

وسبق القول إنه يجب أن يكون المكفول به في النفس معلوما، وأن يكون مقدور التسليم فلا يصح كفالة مفلس ميت لأنه يتعذر تسليمه (المادة 630 من المجلة)، ولا تجوز الكفالة بنفس من عليه حد أو قصاص أو تعزير لأن هذه الحقوق لا يمكن استيفاؤها إلا من الجاني نفسه(المادة 632 من المجلة) ولكن يجوز التعهد بالكفالة بإحضار من عليه حد أو قصاص لأن الكفيل يضمن إحضار الجاني في الوقت المحدد ولا يضمن الحد أو القصاص.

ويبرأ الكفيل من الكفالة بالنفس:

1- إبراء المكفول له الكفيل من الكفالة (المادة 660 من المجلة).
2- تسليم المكفول به للمكفول له (المادة 659 من المجلة) ولا يشترط أن يسلم الكفيل بالذات المكفول به للمكفول له، فيجوز أن يسلم كفيل الكفيل [2].
3- وفاة المكفول به أو وفاة الكفيل، فيبرأ الكفيل وكفيل الكفيل من الكفالة، ولكن لا يبرأ الكفيل وكفيل الكفيل من الكفالة إذا توفي المكفول له، ويحق للورثة أن يطالبوا بالمكفول به (المادة 666 من المجلة).
4- دفع مبلغ الكفالة الذي تعهد به الكفيل إذا لم يحضر المكفول به[3].

ولم يأخذ القانون المدني المصري والمشروع المدني المصري بالكفالة بالنفس بالرغم من الحاجة العملية لهذا النوع من الكفالة في الحياة العملية[4].

---

(1) مرسي، محمد، العقود المسماة، ج1، مرجع سابق، ص 274. وفي القانون المدني الأردني إذا لم يحضر الكفيل المكفول به بالنفس في الوقت المحدد أجاز القانون للقاضي الحكم على الكفيل بغرامة تهديدية إلا إذا أظهر عجزه وعدم اقتداره على إحضار المكفول به بالنفس(المادة 961 مدني أردني).

(2) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، مرجع سابق، ص813.

(3) مصطفى، محمود، الكفالة أنواعها وطرق الإبراء منها، مرجع سابق، ص 104.

(4) وقد نظم قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001 أحكام الإفراج بكفالة في الفصل الثامن وذلك في المواد 130-148.

المبحث الثالث

السبب

السبب: هو الرابط القانوني والدافع الحقيقي للعقد. ويجب أن تتوافر في سبب عقد الكفالة الشروط العامة وهي أن يكون موجوداً وصحيحاً ومباحاً وغير مخالف للنظام العام والآداب[1].

وقد يكون سبب عقد الكفالة تبرعاً وهو الأصل وقد يكون معاوضة، وهذا يرجـــع لإرادة الكفيل بما التزم في عقد الكفالة كما جاء في المادة2 من المجلة "الأمور بمقاصدها يعني أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو مقصود من ذلك الأمر". وكذلك المـــادة3 مـــن المجلة "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني وكذا يجري حكم الرهن في بيـــع الوفاء".

المطلب الأول: إذا كان السبب تبرعاً

وهو أن يتقدم الكفيل للدائن بضمان دين سابق له(للدائن) على المدين دون الحصول على مقابل (سواء من الدائن أو من المدين) فيكون سبب التزام الكفيل هو نية التبرع[2]، وبالتـــالي لا يستطيع الرجوع على المدين بما أدى[3] لأنه متبرع، ويشترط أن تتوافر فيه أهلية التبرع حتـــى تكون الكفالة صحيحة[4].

المطلب الثاني: إذا كان السبب معاوضة

كما لو كان العقد يرتب التزاما على كل من الطرفين. مثل أن يكون الدائن ملتزماً تجـــاه الكفيل بمد أجل الدين الذي حل على المدين أو إعطاء قرض للمدين[5]، ويكون التزام الكفيل هنا تنفيذ التزام المدين تجاه الدائن إذا لم يقر به المدين.

---

(1) الفار، عبد القادر، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 90.

(2) مرقس، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 44.

(3) اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ص360.

(4) للمزيد: ما ورد سابقا عند دراسة أهلية الكفيل في المبحث الأول من الفصل الثاني.

(5) يحيى، عبد الودود، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 10.

وأما بالنسبة لسبب علاقة الكفيل بالمدين سواء أكانت معاوضة أو تبرعاً فيرى بعضهم[1] أنه لا يجوز أن تأخذ هذه العلاقة بعين الاعتبار ولا يستطيع الكفيل أن يحتج أمام الدائن بـبطلان الكفالة نتيجة بطلان التزام أمام المدين لأن السبب غير مشروع.

في حين يرى آخرون[2] واستنادا لنظرية السبب أنه يجوز للكفيل أن يحتج بـبطلان الكفالة نظرا لبطلان سببها، ونتيجة علاقة سببها غير مشروع بين الكفيل والمدين.

مثل ذلك: أن يكفل شخص موظفاً عاماً في الحكومة للدائن مقابل قيام الموظف بتزوير أوراق رسمية خاصة بتصدير بضائع لمصلحة الكفيل، فسبب علاقة الكفيل غير مشروعة بالمكفول عنه (الموظف العام).

ويفترض بالسبب أنه مشروع ولو لم يذكر في العقد، وعلى الكفيل أن يثبت عكس ذلك (المادة 137 مدني مصري).

ويرى الباحث أن علاقة الكفيل بالمدين علاقة خارجية مستقلة بكامل أركانها من رضا ومحل وسبب، عن عقد الكفالة الذي أساسه الكفيل والدائن، وثمَّ استثناء يجوز إبطال عقد الكفالة بالاستناد إلى بطلان علاقة الكفيل بالمدين وذلك في حالتين:

1- كون العلاقة بين المدين والكفيل غير مشروعة أي منافية للنظام العام والآداب

2- وأن يكون الدائن على علم بهذه العلاقة غير المشروعة.

---

(1) السنهوري، الوسيط، ج10، مرجع سابق، ص512.

(2) مرقس، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص45. أبو السعود، رمضان، التامينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص74. القيسي، محمد، الكفالة في المنظورين الشخصي والمصرفي، مرجع سابق، ص18.

الفصل الثالث

النتائج المترتبة على عقد الكفالة المدنية

يتناول هذا الفصل ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: حقوق الدائن

المطلب الأول: حق المطالبة

المطلب الثاني: الحق بالتنفيذ

المبحث الثاني: حقوق الكفيل

المطلب الأول: الدفوع الخاصة بالالتزام الأصلي أو بالتزام الكفيل

المطلب الثاني: الدفوع المنصوص عليها حكماً

المطلب الثالث: واجبات الدائن عند استيفاء دينه من الكفيل

المبحث الثالث: نتائج تنفيذ عقد الكفالة

المطلب الأول: علاقة الكفيل بالمدين

المطلب الثاني: علاقة الكفيل بغيره من الكفلاء

الفصل الثالث

النتائج المترتبة على عقد الكفالة المدنية

المبحث الأول

حقوق الدائن

سيتم في هذا المبحث تناول حقوق الدائن في عقد الكفالة وهي حق المطالبة وحق التنفيذ.

المطلب الأول: حق المطالبة

وتعني المطالبة هنا المطالبة القضائية التي يلجأ إليها الدائن للحصول فيها على حقه[1].

وقد جاءت مجلة الأحكام العدلية ما يعني المطالبة بالنسبة للكفالة، فقد نصت المادة 634 "حكم المطالبة يعني للمكفول له حق مطالبة المكفول به من الكفيل".

واختلف الفقهاء المسلمون هل أن ذمة المدين وحدها تبقى مشغولة بالدين مع ثبوت حق مطالبة الكفيل والمدين أو انشغال ذمة الكفيل مع المدين في أصل الدين، وهما رأيان؟

لقد استند أصحاب الرأي الأول وهم من الحنفية والقائلين بانضمام ذمة الكفيل إلى ذمة المدين في المطالبة وليس في أصل الدين[2] إلى التالي:

* أن الغرض من الكفالة هو التوثيق، لذلك فإن تثبيت حق المطالبة للدائن في ذمة الكفيل لا تستلزم ثبوت الدين في ذمة الكفيل.

* إن الدين بعد الكفالة يبقى في ذمة المدين كما كان قبلها فالقول بثبوت الدين في ذمة الكفيل أيضاً يجعل الدين دينين، وعليه يحق للدائن المطالبة بحقه مرتين وهذا لا يجوز.

---

(1) تناغو، سمير، التامينات الشخصية، مرجع سابق، ص61.

(2) ابن عابدين, حاشية رد المحتار، ج5, مرجع سابق، ص281.

أما أصحاب الرأي الثاني وهم من الشافعية والقائلين إن ذمة الكفيل مشغولة بالدين (وليس بالمطالبة فقط) إلى جانب ذمة الأصيل[1] واستندوا في ذلك إلى:

* أن الدين فرع للمطالبة ولا يتصور الفرع دون الأصل، فمتى طولب الكفيل بالدين فلا بد من ثبوت الدين بذمته.

* وفاة الكفيل لا تبطل الكفالة، والدين يستوفى من تركته[2]، وهذا دليل أن الدين ثابت في ذمته وليس بالمطالبة فقط، إلا أن المطالبة تسقط بالموت في الكفالة بالنفس[3].

* يصح شراء الدائن من الكفيل مالاً في مقابل الدين، ويصبح الكفيل بريئاً من الكفالة، ولا يكون صحيحاً الشراء إذا لم يكن الدين ثابتاً في ذمة الكفيل.

* إذا كان للكفيل كفيل وأدى الكفيل الثاني الدين فله الرجوع على الكفيل الأول بما دفع إذا كانت الكفالة بأمره، وليس له الرجوع على الأصيل، وهذا دليل على أن الدين ثابت في ذمة الكفيل الأول بأمره[4].

وقد ردّ أصحاب الرأي الأول – والقائلين بثبوت المطالبة دون الدين – على أدلة الرأي الثاني بما يلي:

* أما القول بثبوت الدين في ذمة الكفيل لأنه فرع للمطالبة، فيمكن الرد عليه بأنه يتصور وجود المطالبة دون ثبوت الدين مثل الوكيل بالشراء مطالب بثمن المبيع بالرغم من ثبوت الدين في ذمة الموكل ودين عليه، وكذلك مطالبة الوكيل بالبيع المشتري بثمن البيع والثمن

---

(1) الهيجاوي, الروض المربع بشرح زاد المستنقع, مرجع سابق، ص180.

(2) تنص المادة 670 من المجلة " لو مات الكفيل بالمال يطالب بالمال المكفول به من تركته".

(3) تنص المادة 666 من المجلة " لو مات المكفول به فكما يبرأ كفيل الكفيل كذلك لو توفي الكفيل فكما يبرأ هو من الكفالة كذلك يبرأ كفيله أيضا ولكن يبرأ الكفيل من الكفالة بوفاة المكفول له ويطالب وارثه".

(4) الانصاري, نهاية المحتاج الى شرح المنهاج, ج4, مرجع سابق، ص432.

ليس حقاَ للوكيل بل للموكل، وكذلك يتصور انفصال الدين عن المطالبة بتأجيل الدين سنة مثلاً فهنا تسقط المطالبة خلال السنة ولا يسقط الدين[1].

* وأما القول إن الكفالة تأخذ من تركة الكفيل بعد موته لأن ذمته مشغولة بالدين فيمكن الرد على ذلك بأن المطالبة تتعلق بتركة الكفيل بعد الموت وهي صحيحة(أي الكفالة) ولا تبطل بالموت، في حين الكفالة بالنفس تتعلق بموت الكفيل فتبطل الكفالة لعجزه التام عن إحضار المكفول به وهذا لا يتعلق بالتركة لأن المكفول به نفس ولا يجوز إعطاء المكفول له مالاً بدلاً من النفس[2].

وأما مجلة الأحكام العدلية فقد أخذت بما جاء به الرأي الأول فنصت المادة 612 من المجلة التي تنص "الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بشيء يعني أن يضم أحد ذمة آخر ويلتزم المطالبة التي لزمت في حق ذلك".

ولقد اختلف الفقهاء أيضاً في مطالبة الدائن للكفيل أو في رجوعه عليه مع استطاعة المدين سداد الدين:

الرأي الأول: وهو رأي الحنفية والشافعية والحنابلة الذي يقضي بأنه يحق للدائن مطالبتهما معاً عند حلول أجل الكفالة ليكون الحق في ذمتيهما[3].

الرأي الثاني: وهو رأي المالكية الذين يرون أنه لا يجوز للدائن مطالبة الكفيل بالدين قبل مطالبة الأصيل إذا كان أخذه من الأصيل متيسراً، وأن يكون حاله(أي المدين) حاضراً، وكذلك إذا لم يكن قد اشترط في عقد الكفالة أن يأخذ الحق من أيهما شاء، ويبرر أصحاب هذا الرأي قولهم بأن الكفالة وثيقة فلا يستوفى من الكفيل الحق إلا عند تعذر استيفاؤه من المدين[4].

---

(1) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الاحكام، المجلد الأول، مرجع سابق، ص728-729.

(2) زيدان، عبد الكريم، الكفالة والحوالة في الفقه المقارن، مرجع سابق، ص116.

(3) السرخسي، المبسوط، ج19، مرجع سابق، ص161، ص843. الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، مرجع سابق، ص10. الانصاري، نهاية المحتاج، ج4، مرجع سابق، ص431. البهوتي, كشاف القناع عن متن الاقناع, ج3, مرجع سابق، ص365

(4) السيواسي, كمال الدين محمد بن عبد الواحد: **شرح فتح القدير على الهداية**, ج7, الطبعة الأولى, مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده, ص182.

الرأي الثالث: وهو رأي الظاهرية الذين ساووا بين الكفالة و الحوالة، وفي هذا الرأي الكفيل وحده يطالب بالدين، لأن الكفيل في عقد الكفالة اسقط حق الدائن في مطالبة المدين[1].

وقد ذهبت مجلة الأحكام العدلية إلى ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول فنصت المادة 644 من المجلة " الطالب مخير في المطالبة إن شاء طالب الأصيل بالدين وإن شاء طالب الكفيل ومطالبته أحدهما لا تسقط حق مطالبته الآخر وبعد مطالبته أحدهما له أن يطالب الآخر ويطالبهما معاً"[2]. ويترتب على التعريف أعلاه ما يلي:

1- الدائن له الحق في مطالبة المدين أو الكفيل أو كليهما معا، دون أي قيد، فيجوز للدائن مطالبة الكفيل قبل المدين حتى لو كان الأخير موسراً والكفيل معسراً أو العكس.

2- إذا تمت مطالبة الكفيل قبل المدين لا يستطيع الكفيل أن يدفع مطالبة الدائن- لأنه لم يطالب المدين قبله- أو يدفع بتجريد المدين أو بتقسيم الدين بينه وبين الكفلاء الآخرين.

3- إذا طالب الدائن كفيل الكفيل بالدين فذلك جائز، لأن المدين والكفيل وكفيل الكفيل متضامنين في المطالبة(المادة 645 من المجلة)[3].

أما في القانون المدني المصري فإنه يجوز للدائن مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين ولكن ذلك مقيد بعدة شروط ومن أهمها أن يكون الكفيل متضامناً مع المدين أو أن لا يتمسك الكفيل بحقه بالدفع بعدم مطالبته قبل مطالبة المدين المقرر له قانوناً أو أن لا يكون متنازلاً عن هذا الحق بعقد الكفالة أو بعقد لاحقٍ له[4].

---

(1) ابن حزم, ابو محمد علي: **المحلى**, المجلد الخامس, ج8, بيروت, منشورات دار الافاق الجديدة, ص111.

(2) توافق المادة 1/917مدني أردني التي تنص " للدائن مطالبة الأصيل أو الكفيل أو مطالبتهما معا ".وانظر أيضا قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1993/1049لسنة 1993, تم الحصول على القرار من الموقع الالكتروني http://www.qanoun.com بتاريخ200/7/12 الساعة العاشرة صباحاً.

(3) وقد ورد تضارب الأحكام بالنسبة لحق رجوع الدائن على كفيل الكفيل في القانون المدني الأردني في المادة 972 التي نصت " لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل ما لم يكن متضامنا معه "، فهذه المادة تناقض نص المادة 2/967 مدني أردني" أن كان للكفيل كفيل فللدائن مطالبة من شاء منهما ".

(4) سنرى شروط الدفع بالمطالبة، لاحقاً عند دراسته في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: حق التنفيذ

ويعتبر التنفيذ على أموال الكفيل بمثابة المرحلة الثانية لحصول الدائن فيها على حقه من الكفيل. بالنسبة لمجلة الأحكام العدلية فإنها لم تأت بنصوص تعالج بها أحكام التنفيذ بعد مطالبة الكفيل والمدين، لذلك فإن نصوصها موحدة فيما يتصل بالمطالبة والتنفيذ، فإذا طالب الدائن الكفيل والمدين مطالبة قضائية بالدين، فإنه يحكم على كليهما ويحق للدائن التنفيذ على أموال اياً منهما.

وأما المحاكم الفلسطينية التي تطبق مجلة الأحكام العدلية فإنه عادةً ما يرفع الدائن الدعوى على المدين والكفيل للمطالبة بالدين، وعادة ما يتم الحكم على كليهما (أي المدين والكفيل) بالتكافل والتضامن[1].

وأما القانون المدني المصري فإذا قام الدائن بالتنفيذ على أموال الكفيل بعد استصدار حكم بذلك أو بواسطة ورقة رسمية، فإن هذا التنفيذ صحيح إذا لم يدفع الكفيل بالتجريد أو التنفيذ على أموال المدين أولاً(2/788 مدني مصري)، أو إذا تنازل الكفيل عن هذا الحق في عقد الكفالة.

والحق في المطالبة والتنفيذ حقان مستقلان للدائن وفق القانون المدني المصري، فإذا تنازل الكفيل عن حقه في مطالبة الدائن للمدين أولاً فإن ذلك لا يعني أنه تنازل عن حقه بالدفع بالتنفيذ، فلا يجوز للدائن بالتنفيذ على أموال الكفيل إذا تمسك الأخير بهذا الحق.

وبالنظر إلى الكفالة بصفتها كفالة بسيطة أي كفالة عادية دون أي شروط نرى التشريعين (مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري) يصبان في نفس المبدأ بحيث يحق للدائن المطالبة والتنفيذ على أموال الكفيل.

---

(1) نقض مدني فلسطيني رقم 2004/35، قرار رقم 61 وارد في CDخاص بقرارات المحاكم الفلسطينية صادر عن نقابة المحامين الفلسطينيين، رام الله، 2006. وكذلك استئناف مدني فلسطيني رقم 86 /2003، تم الحصول عليه من قلم محكمة الاستئناف الفلسطينية، رام الله.

ولكن النصوص أعلاه ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على خلافها فهـــي قواعـــد مكملة وليست آمرة, فإذا اتفق الكفيل والدائن على الدفع بمطالبة المدين قبل الكفيل أو التنفيذ على أموال المدين قبل التنفيذ على أموال الكفيل فهذا جائز طبقاً للعقد شريعة المتعاقدين [1]، فقد جـــاء في أحكام مجلة الأحكام العدلية ما ينص على الشرط الملائم في المادة 636 من المجلة " أما في الكفالة التي انعقدت معلقة بشرط فلا يطالب الكفيل ما لم يتحقق الشرط.... مثلاً لو قـــال إن لـــم يعطك فلان مطلوبك فأنا كفيل بأدائه تنعقد لكفالة مشروطة ويكون الكفيل مطالباً إن لـــم يعطـــه الفلان المذكور ولا يطالب الكفيل قبل المطالبة من الأصيل وكذا لو قال إن سرق فلان مالك فأنا ضامن تصح الكفالة فإذا أثبتت سرقت ذلك الرجل يطالب الكفيل....".

وأما في قانون المدني المصري فإنه يجوز للكفيل التنازل عن حقه بالدفع بمطالبة المدين أولاً أو التنفيذ على أمواله (أي أموال المدين) وذلك بتضامن الكفيل مع المدين في عقد الكفالة أو أن لا يتمسك الكفيل بحقه بأحد الدفعين أمام المحكمة أو أن يتنازل عن أحد الحقين بعقد لاحـــق، كما سبق وأن أسلفنا.

(1) (الملحق الثالث) نموذج صيغة كفالة بتجريد المدين أو التنفيذ على اموالة قبل التنفيذ على أموال الكفيل أولاً، ص202.

المبحث الثاني

حقوق الكفيل

تتمثل حقوق الكفيل بالدفوع الخاصة بالمدين باعتباره تابعاً له والدفوع الخاصة بــه (أي للكفيل)، بالإضافة إلى دفوع نص عليها القانون في أحكام الكفالة.

المطلب الأول: الدفوع الخاصة بالالتزام الأصلي أو بالتزام الكفيل

يبقى الكفيل ملتزماً أمام الدائن ما دام التزامه(أي الكفيل) والتزام المدين صــحيحاً كمــا أسلف سابقاً، لذلك فإنه متى كان التزام الكفيل أو المدين باطلاً بطلاناً مطلقاً أو بــاطلاً بطلانــاً نسبياً أو أن التزام أيٍّ منهم قد انقضى فإنه يجوز للكفيل أن يدفع بذلك أمام الدائن، وسأتناول هذه الدفوع على النحو التالي:

الفرع الأول: الدفوع الخاصة ببطلان الالتزام الأصلي أو بالتزام الكفيل[1]

قد يشوب التزام المدين عيب في الشروط الموضوعية في العقد بينه وبين الدائن كانعدام الرضا أو لعدم توافر المحل أو السبب أو إنعدام الأهلية، فيترتب على التزامه(أي التزام المدين) في الحالات السابقة الذكر بطلان التزامه بطلاناً مطلقاً، ويتبعه التزام الكفيل بالبطلان لأنه تــابع له (المادة 47 من المجلة) فإذا سقط الأصل سقط الفرع (المــادة 50 مــن المجلــة) وذلــك لأن الالتزام الأصلي أصبح غير مضمون على الأصيل ومن ثم غير مضمون على الكفيــل (المــادة 631 من المجلة)، ولكن هناك استثناء يسقط فيه الأصل ولا يسقط الفرع، وقــد ورد ذلــك فــي المادة 81 من المجلة " التي تنص على أنه " قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل "، فطبقا لهذه المادة فإنه إذا ادعى شخص على اثنين أحدهما استقرض منه مالاً والآخــر كفلــه بهــذا المــال

(1) للمزيد: ما ورد سابقاً عند دراسة الالتزام المكفول في أن يكون صحيحاً في المبحث الثاني من الفصل الثاني.

فاعترف الكفيل وانكر المدين وعجز المدعي عن إثبات دعواه بوجود دين على المنكر، فيحصل الدين من الكفيل لأن المرء ملزم بإقراره طبقا للمادة 1587 من المجلة[1].

وقد يشوب التزام الكفيل عيوب في الشروط الموضوعية بصفة مستقلة، أي يكون الالتزام الأصلي صحيحاً ولكن التزام الكفيل باطل، ولذا فإن التزام الكفيل وحده يبطل، ويبقى التزام الأصلي صحيحاً، لأن التزام الكفيل هو التابع لالتزام الأصيل وليس العكس (المادة661 من المجلة).

إذن يستطيع الكفيل أن يتمسك بالدفع ببطلان التزام المدين باعتباره تابعاً له، ويستطيع أن يتمسك بالدفع ببطلان التزامه باعتباره التزاماً مستقلاً.

الفرع الثاني: الدفوع الخاصة بالبطلان النسبي لالتزام المدين أو الكفيل

يكون التزام المدين موقوفاً على الإجازة إذا شاب رضاه إكراه أو إذا صدر من فضولي وفق مجلة الأحكام العدلية(المواد 377 و378 و1006من المجلة) وباطلاً بطلاناً نسبياً إذا شاب رضاه إكراه أو غلط أو تدليس أو استغلال أو بسبب نقص أهلية المدين أو إذا صدر من فضولي ويكون تصرف هؤلاء قابلاً للإبطال وفق القانون المدني المصري(المواد 119و120و125و 127مدني مصري) ويصح التزام المدين بإجازته، ولقد سبق وأن تناولت مدى تابعية التزام الكفيل للمدين في هذا الفرض ومدى تمسكه بالدفع بإبطال التزامه لقابلية التزام المدين للإبطال[2].

---

(1) وقد ورد استثناء أيضاً على تبعية الالتزام الضامن لالتزام المضمون في قانون التجارة الأردني فقد نصت المادة 1/130 "إذا حمل سند السحب تواقيع مزورة أو تواقيع أشخاص وهميين أو تواقيع لاتلزم لأي سبب آخر الأشخاص الذين وقعوا السند أو الذين وقع باسمهم، فذلك لا يحول دون صحة التزام موقعي الآخرين "، وكذلك ما جاء في المادة 420 مدني مصري و 2/163 تجارة أردني " يكون التزام الضامن صحيحا لو كان الالتزام الذي ضمنه باطلاً لأي سبب كان، مالم يكن مرده إلى عيب في الشكل".

(2) للمزيد: ما ورد سابقاً عند دراسة إذا كان الالتزام الأصلي باطلاً بطلاناً نسبياً عند دراسة محل عقد الكفالة في المبحث الثاني في الفصل الثاني.

وقد يكون التزام الكفيل باطلاً بطلاناً نسبياً إذا توافرت فيه إحدى حالات هذا النوع من البطلان، وعليه فإنه يجوز للكفيل التمسك بالدفع بإبطال التزامه وعدم إجازته.

فهنا أيضاً يكون للكفيل دفعان، دفع خاص بقابلية الالتزام الأصلي للإبطال حتى لو لم يتمسك به المدين، ودفع خاص بقابلية التزام الكفيل للإبطال وعدم إجازته بالتزامه ككفيل(1).

الفرع الثالث: الدفوع الخاصة لانقضاء التزام المدين والتزام الكفيل

ينقضي التزام المدين أو الكفيل بالطرق العامة للانقضاء وهي:

أولاً: الوفاء (أداء الدين)

إذا وفى المدين الدين ينقضي التزامه وتبعاً لذلك ينقضي التزام الكفيل(2). فقد جاء في المجلة622 "براءة الأصيل توجب براءة الكفيل ". وما جاءت به المادة 631 بتبعية التزام الكفيل لالتزام المدين " يلزم بالكفالة بالمال أن يكون المكفول به مضموناً على الأصيل بمعنى أن يكون إيفاؤه متوجباً على الأصيل فتصح الكفالة بثمن المبيع " فمتى بقي الدين على المدين (مضمون عليه) فهو يبقى على الكفيل، أما إذا أنقضى على المدين بوفائه له فهو ينقضي ولا يصبح مضموناً على الكفيل.

وقد أكدت ذلك أيضا عدة مواد عامة من المجلة ومنها نص المادة 47 " التابع تابع " أي أن التزام الكفيل التابع للالتزام الأصلي في الوجود فهو تابع له أيضا في الانقضاء.

وكذلك المادة 48 من المجلة " التابع لا يفرد بالحكم " فإذا تم إثبات أن المدين أوفى بدينه للدائن وقضي بذلك، فإن هذا الحكم يسري على الكفيل فلا يطالب بالدين.

---

(1) الطعن مدني مصري 327، لسنة 38، جلسة 12/28 /1972، وارد في CD مكتبة أحكام المحاكم العربية العليا، مرجع سابق.

(2) الطعن مدني مصري 57 لسنة 19 ق – جلسة 1951/4/5، وارد في العمروسي، أنور، مرجع سابق، ص287. للمزيد: ما ذكر سابقاً في التمهيد في خصائص عقد الكفالة ومنها تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين.

وأيضاً المادة 50 من المجلة " إذا سقط الأصل سقط الفرع " إذا سقط الدين عن المدين بالوفاء فإنه يسقط أيضاً عن الكفيل باعتباره فرعاً للأصل.

وقد جاء أيضاً في القانون المدني المصري في المادة 1/782 "يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين" وتكون إحدى براءة المدين من الدين بأن يوفيه.

ويقوم مقام الوفاء العرض الحقيقي إذا تلاه إيداع وقبل الدائن هذا العرض وصدر حكم بصحته (المادة 339 مدني مصري) ويجوز للمدين أن يرجع عن هذا العرض ويعتبر كأن لم يكن إذا لم يقبله الدائن ولم يصدر حكم بذلك (المادة 1/340 مدني مصري) ولا تبرأ ذمة الكفيل في هذه الحالة[1].

أما إذا رجع عن العرض وقد قبله الدائن وحكم به القضاء فإن ذمته لا تبرأ ولكن تبرأ ذمة الكفيل (المادة 2/340 مدني مصري).

ويجوز للكفيل أن يدفع بانقضاء التزامه إذا قام هو بالوفاء، فقد جاء في المادة 659 من المجلة " لو سلم المكفول به إلى المكفول له برئ الكفيل من الكفالة سواء سلمه الأصيل أو الكفيل".

ولم يختلف القانون المصري عن المجلة في ذلك إذ يجيز للكفيل الوفاء بالدين[2] لأنه له مصلحة في هذا الوفاء فقد جاء في المادة 323 مدني مصري " يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أي شخص آخر له مصلحة في الوفاء، وذلك مع مراعاة ما جاء في المادة 208"[3].

ويسري على حكم الوفاء الوفاء بمقابل (الوفاء الاعتياضي) وهو أن يتفق الدائن مع المدين أو مع الكفيل على قبول شيءٍ آخر بدل الدين الأصلي (المواد 350 و783 مدني مصري)

(1) الشهاوي، قدري، أحكام عقد- التضامن- التضامم- الكفالة، مرجع سابق، ص208.

(2) يجب على الكفيل أن يخطر الدائن بأنه سيقوم (أي الكفيل) بالوفاء بالدين وإلا سقط حقه بالرجوع عليه وهذا سنراه لاحقاً عند دراسة علاقة الكفيل بالمدين.

(3) تنص المادة 208 مدني مصري " في الالتزام بعمل إذا لغي الاتفاق أو استوجبت طبيعته أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين ".

فيقوم أيٍّ منهم بنقل ملكية الشيء إلى دائنهم، فتبرأ ذمتهم من الدين[1]، فإذا تم الاتفاق بين الدائن والكفيل على أداء الكفيل شيئاً غير الدين الأصلي فإن الأخير لا يرجع على المدين إلا بالشيء الذي كفله ولا إعتبار لما أداه وهذا ما جاء في المادة 657 من المجلة.

ويشترط في الوفاء بمقابل سريان أحكام البيع إذا كان الوفاء بمقابل عين معينة من حيث ملكية الشيء للمدين أو الكفيل، كما تطبق عليه أحكام ضمان العيوب الخفية والأحكام المتعلقة بالمتعاقدين من حيث أهلية تصرف كل منهما (المادة 351 مدني مصري).

ثانياً: التجديد والإنابة

يتجدد الالتزام بتغيير الدين أو تغيير المدين أو تغيير الدائن.

لم تتناول مجلة الأحكام العدلية التجديد[2]. ولكن يرى الباحث أنه يمكن تطبيق أحكام أخرى تتضمن صور التجديد مثل الحوالة (المادة 673من المجلة) بتغيير المدين فهذا نوع من التجديد، وكذلك ما جاء في المادة 657 من المجلة التي تجيز للكفيل أداء شيءٍ آخر غير الدين الأصلي وهذا نوع من التجديد بتغيير الدين.

وأما القانون المدني المصري فقد نص على التجديد في المادة 352 " يتجدد الالتزام: أولاً بتغيير الدين. ثانياً بتغيير المدين. ثالثاً بتغيير الدائن ".

وإذا قام المدين بتجديد التزامه فإنه يترتب على ذلك انقضاء الالتزام الأصلي وتوابعه (ومن ضمنها الكفالة) وأن ينشأ مكانه التزام جديد (المادة 356 مدني مصري)، ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة العينية والشخصية والتضامن إلا إذا رضي بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون (المادة 358 مدني مصري).

---

(1) أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص138.

(2) يقول الدكتور عبد القادر الفار أن التجديد كنظام قانوني أصبح محدود الأهمية حيث أصبح يغني عنه أحكام قانونية أخرى، فبالنسبة للتجديد بتغيير الدين فيغني عنه الوفاء الإعتياضي، وكذلك التجديد عند تغيير المدين يغني عنه حوالة الدين، والتجديد بتغيير الدائن يغني عنه حوالة الحق، الفار، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص54.

ويسري حكم المادتين 356 و 358 مدني مصري فيما إذا قام الكفيل بتجديد التزامه فبذلك يبرأ من الكفالة، ولكن لا ينقضي بذلك التزام المدين.

وأما الإنابة فلا ينقضي الالتزام بها إلا إذا كانت إنابة كاملة التي تتضمن تغيير المدين (المادة 1/359 مدني مصري) بحيث ينقضي التزام المنيب (المدين) بتوابعه ومنها الكفالة ليحمل محله شخص آخر هو المناب (مدين جديد).

وإذا قام الكفيل بالإنابة الكاملة لشخص جديد فإن الالتزام بالكفالة فقط هو الذي ينقضي وليس الالتزام الأصلي.

أما الإنابة الناقصة فهي ضم ذمة المناب إلى ذمة المنيب فلا يترتب عليها انقضاء الالتزام الأصلي ولا التزام الكفيل، فيبقى الالتزام الأصلي قائماً بتوابعه إلى جانب الالتزام الجديد، وكذلك التزام الكفيل إذا تمت الإنابة الناقصة من جانبه، فيكون أمام الدائن ثلاثة أطراف للوفاء في الدين وهم المدين الأصلي والمناب (المدين الجديد) والكفيل.

ثالثاً: المقاصة

وهي وسيلة سلبية في تسوية الديون المتقابلة بين ذمتين كل منها دائنة للأخرى ومدينة لها معاً وذلك بمقدار الأقل،[1] فإذا تمت المقاصة بين دين الدائن والمدين فإن التزام المدين ينقضي وينقضي تبعاً لذلك التزام الكفيل، وإذا تمت المقاصة بين التزام الكفيل والدائن فالتزام الكفيل والمدين ينقضيان بالمقاصة مع الاحتفاظ بحق الكفيل بالرجوع على المدين[2]، ولا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها كل من له مصلحة في ذلك (المادة 365 مدني مصري) فإنه بالإضافة إلى المدين يجوز للكفيل متضامناً أو غير متضامن التمسك بها حتى لو لم يتمسك بها المدين (المادة 782 مدني مصري).

---

(1) الفار، أحكام الإلتزام، مرجع سابق. ص42، وتقسم المقاصة إلى مقاصة اتفاقية وقانونية وقضائية.

(2) مرسي، محمد، العقود المسماة، مرجع سابق، ص370.

وكذلك يجوز التنازل عن المقاصة، وإن حصل وفعل المدين ذلك فإنه لا يجوز أن يكون نزوله إضراراً بالغير، والغير هنا هو الكفيل (المادة 367 مدني مصري) لذلك يجوز للكفيل التمسك بالمقاصة حتى لو نزل عنها المدين.

رابعاً: اتحاد الذمة

وهي اجتماع صفة الدائن والمدين بشخص واحد، مثل إذا ورث المدين أو الكفيل الدائن[1]. فإذا تم اتحاد الذمة في شخص المدين فإنه ينقضي الالتزام الأصلي، وتنقضي تبعاً لذلك الكفالة. وهذا ما جاءت به مجلة الأحكام العدلية في المادة 667 التي تنص على أن " لو توفي الدائن وكانت الوراثة منحصرة في االمدين يبرأ الكفيل من الكفالة وإن كان للدائن وارث آخر يبرأ الكفيل من حصة المدين فقط ولا يبرأ من حصة الوارث الآخر"، وكذلك ما ورد في القانون المدني المصري في 1/370 التي تنص على أن " إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد، أنقضى هذا الدين بالقدر الذي أتحدت فيه الذمة ".

أما إذا تم اتحاد الذمة في شخص الكفيل فإن التزام الكفيل وحده هو الذي ينقضي دون المدين.

ويرى بعض الفقهاء[2] أنه إذا تم اتحاد الذمة في شخص الكفيل فإن الضمانات الأخرى كالرهون والتزامات المصدقين تظل باقية ولا تنقضي مع انقضاء الدين، لأن هذه الضمانات جاءت لتقوية مركز الكفيل، واستدلوا بقولهم على ما جاء في 203 مدني فرنسي التي تنص على أن " اتحاد الذمة الذي يحصل في شخص المدين وكفيله، في حالة ما إذا ورث أحدهما الآخر لا تتقضي به دعوى الدائن على من كفل الكفيل "، ولكن يرى الباحث أن هذا الرأي محل نظر لأنه بشكل عام عندما ينقضي الدين فإن كل ما يتعلق به من الضمانات والملحقات ينقضي معها ومنها الكفالة (أي كفالة الكفيل) وكذلك فإن كفيل الكفيل يعتبر تابعاً للكفيل، فإذا انقضى الأصل انقضى الفرع.

---

(1) المرجع السابق، ص464.

(2) مرسي، محمد، العقود المسماة، مرجع سابق، ص270-271.

خامسا: الإبراء

والإبراء نوعان وفق المادة 1536 من المجلة:

النوع الأول: إبراء إسقاط وهو أن يبرئ أحد آخر من تمام حقه الذي له في ذمته أو يحط مقدارا منه وهو لا يتوقف على قبول المبرأ ذمته.

النوع الثاني: إبراء استيفاء (تمليك) وهو اعتراف شخص بقبض حقه واستيفائه الذي هو في ذمة غيره وهو نوع من الإقرار.

ويترتب على التفرقة بين النوعين:

1- اعتبار الإبراء استيفاء فهو إقرار بإخبار لا إنشاء لذلك تسمع فيه دعوى الكذب، أما إبراء الإسقاط فهو إنشاء وليس إخباراً فلا تسمع فيه دعوى الكذب.

2- إذا تم الإبراء للاستيفاء فيحتاج إلى قبول، أما إذا تم الإبراء للإسقاط فلا يحتاج إلى قبول.

3- يترتب على اعتبار الإبراء استيفاء أنه يرتد بالرد، أما إبراء الإسقاط فلا يرتد بالرد(1).

وقد اختلف الفقهاء في اعتبار الإبراء تصرفاً يفيد الإسقاط أو استيفاء، فكان هناك ثلاثة آراء:

الرأي الأول: وهو من الحنفية والحنابلة (2) ويعدون إبراء المدين تصرفاً يفيد معنى الإسقاط، ولذا فلا يحتاج إلى قبول ولكنه يرتد بالرد لما فيه معنى التمليك، أما الكفيل فلا يشترط قبوله للإبراء فإبراؤه من الكفالة تصرف يفيد معنى الإسقاط المحض لأنه لا دين عليه بل عليه المطالبة وهي تسقط بالإبراء.

ولكن يكون إبراء الكفيل يفيد التمليك في حالتين:

---

(1) مصطفى، محمود، الكفالة أنواعها وطرق الإبراء منها، مرجع سابق، ص77.

(2)ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج5، مرجع سابق، ص708. البهوتي، كشاف القناع، ج 3، مرجع سابق، ص442.

الحالة الأولى: إذا وهب الدائن الدين أو تصدق به على الكفيل، حيث يشترط قبول الكفيل(الموهوب له) (المادة 837 من المجلة).

الحالة الثاني: إذا قصد الدائن تمليك الدين للكفيل مثل قوله له برئت إليّ من المال فهنا إقرار بالقبض والاستيفاء[1].

الرأي الثاني: وهو رأي الشافعية فالإبراء عندهم تصرف يفيد معنى الإسقاط فلا يحتاج إلى القبول سواء أكان من المكفول عنه أم من الكفيل[2].

الرأي الثالث: وهو رأي المالكية وهم قسمان فمنهم من اعتبر الإبراء تمليكاً كالهبة ولذا فيتحتاج إلى القبول, ومنهم من اعتبر الإبراء إسقاطاً كالطلاق فلا يحتاج إلى قبول[3].

أما مجلة الأحكام العدلية فلم تشترط قبول المدين أو الكفيل للإبراء في المادة1568من المجلة التي تنص" لايتوقف الإبراء على القبول ولكن يرتد بالرد فلذلك لو أبرأ أحد آخر فلا يشترط قبوله ولكن إذا رد الإبراء في ذلك المجلس بقوله:لا أقبل الإبراء فيكون ذلك الإبراء مردوداً.يعني لا يبقى له حكم لكن لو رده بعد قبول الإبراء فلا يرتد الإبراء أيضا إذا ابرأ المحال له المحال عليه أو الدائن الكفيل ورد ذلك المحال عليه أو الكفيل لا يكون الإبراء مردوداً".

وقد استثنت المجلة بدل الصرف والسلم فإنهما يتوقفان على القبول لإنهما ينفسخان بافتراق المتعاقدين قبل القبض (المادة 387 من المجلة) [4] وأما ردّ الإبراء فإنه يجوز للمدين وفق ما جاء في 1568 من المجلة (لأن إبراءه من الدين يفيد معنى التمليك الذي يرتد بالرد) أما إذا أراد الكفيل ردّ الإبراء فإنه لا يرتد بالرد وفق المادة1568 من المجلة (لأن إبراءه من الدين يفيد معنى الإسقاط المحض الذي لا يرتد بالرد).

---

(1) برج، احمد، الكفالة بالمال وأثره بالفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص134.

(2) الانصاري, نهاية المحتاج الى شرح المنهاج, ج4, مرجع سابق، ص438.

(3) الصاوي، احمد بن محمد: **بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**، الجزء الثاني، الطبعة الأخيرة، مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، 1972، ص313.

(4) تنص المادة 387من المجلة "يشترط لصحة بقاء السلم تسليم الثمن في مجلس العقد فإذا تفرق العاقدان قبل تسليم رأس السلم انفسخ العقد".

وإذا تم إبراء الأصيل من الدين فإنه يبرأ الكفيل لأنه تابع له وهذا ما جاء في المادة 662 من المجلة " براءة الأصيل توجب براءة الكفيل ". ولكن لا يجوز العكس فبراءة الكفيل من الدين لا يبرأ الأصيل كما جاء في المادة 661 من المجلة " لا تلزم براءة الأصيل بـــراءة الكفيـــل ". ولكن إذا تم إبراء المدين من الدين ورده فهل لهذا الرد اثر على الكفيل إذ إنه برد الإبراء يعـــود الدين بملحقاته ومنها الكفالة, وهناك رأيان في هذه ا لمسألة:

الرأي الأول: يؤيد عودة الالتزام على الكفيل كعودته على الأصيل[1].

الرأي الثاني: أن الالتزام لا يعود على الكفيل وتعتبر الكفالة ساقطة[2] وذلك لما يلي:

1- الإبراء يتم بإرادة منفردة وهذه الإرادة تتجه نحو إبراء المدين والكفيل، فإذا ردّ المدين هذا الإبراء فهو ردّ الجزء المتجه نحوه أما الجزء الآخر والمتجه نحو الكفيل فيبقى قائمـــاً ولا يرتد برد المدين الأصلي.

2- الكفيل تابع للأصيل، وإذا قدم الدائن للمدين أي تسهيلات فإنها تلحق بالكفيل، أما إذا طرأ التزامات على المدين بعد انقضاء الكفالة فلا تطرأ على التزام الكفيل، ورد الإبراء ينشـــئ مسؤولية جديدة في حق المدين فلا تسري على الكفيل.

ويرى الباحث أن ما جاء به أصحاب الرأي الثاني أقرب للعدالة لما جاؤوا به من أدلـــة في اعتبار الكفيل مبرأ من الدين بعد إبراء الدائن المدين حتى لوردَ الأخير هذا الإبراء.

وأما تراجع الدائن عن الإبراء، فإنه بشكل عام لا يجوز للدائن الرجوع على المدين فـــي حالة إبراء الأخير من الدين فقد جاءت المجلة بنص عام يبين ذلك فنصت المادة 51 "الســـاقط لا يعود" وكذلك المادة 1562 "إذا ابرأ أحد آخر من حق يسقط حقه من ذلك وليس له دعوى ذلـــك الحق راجع المادة ال51". أما النصوص الخاصة بالتراجع عن إبراء المدين والكفيـــل فإنـــه لا يجوز أيضا للدائن أن يدعي بحق له في حالة إبراء أيٍ منهما (المدين أو الكفيل) وهذا ما جاءت

(1) الكاساني, بدائع الصنائع, ج6, مرجع سابق، ص11.

(2) **الفتاوى الهندية**, ج3, القاهرة, ص263.

به المادة 1565 التي تنص"إذا قال أحد: أبرأت فلانا من جميع الدعاوي أو ليس لي عنده مطلقـاً يكون إبراءاً عاماً فليس له أن يدعي بحق قبل الإبراء حتى لو ادعى حقاً مـن جهـة الكفالـة لا تسمع فعليه لو ادعى بقوله انت كنت قبل الإبراء كفيلا فلا تسمع دعواه على آخر بقوله أنت كنت كفيلا لمن أبرأته قبل الإبراء انظر المادة 662"، فإذا تم إبراء المدين من الدين فإنه يبرأ الكفيـل (المادة 662) لإنه تابع له، وإذا رجع الدائن عن الإبراء وطالب المدين أو الكفيل فـإن ذلـك لا ينتج أي أثر قانوني.

وأما الإبراء في القانون المدني المصري فقد جاء في المادة 371 " ينقضي الالتـزام إذا ابرأ الدائن مدينه مختاراً ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين، ويرتدّ برده " ويعتبر الإبـراء في هذه المادة تصرفاً من جانب واحد ولا يشترط فيه القبول إلا أنه يرتد بالردّ، ويرى الباحـث في هذا معنى الإبراء الوارد في مجلة الأحكام العدلية في المادة 1568 السالفة الذكر، ولم يتناول القانون السابق حكم ردّ الإبراء بالنسبة للكفيل.

ويسري حكم المادة 371 مدني مصري على حالة الدائن إذا أبرأ الكفيل لعدم وجود نص يتناول هذه المسألة ولذا فإن حكم براءة الكفيل هو براءة إسقاط وتردّ بالرد.

وبما أنه يجوز للمدين ردّ الإبراء وعودة الدين إلى ذمته، وبما يلحقه من توابـع ومنهـا الكفالة، فإنه يجوز للكفيل في هذه الحالة أن يطعن في ردّ المدين للإبراء بالـدعوى البوليصـية ومتى تم قبول الطعن في الرد بالدعوى البوليصية فإن هذا الردَ من المدين يسري عليه وحده ولا يسري على الكفيل[1].

وإذا تم إبراء المدين من دينه فيبرأ الكفيل تلقائياً بنص القانون كما جاء في المادة 1/782 مدني مصري " يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحـتج بهـا المدين".

---

(1) السنهوري، الوسيط، ج10، مرجع سابق، ص228.

ويرى الباحث أن ما جاء به المجلة من أحكام للإبراء بشكل عام(سواء بالنسبة للقبول أو الردّ أو التراجع) فيما يتصل بالمدين أو الكفيل أو الدائن هو الأفضل، لـذلك أنصـح المشـرع الفلسطيني الأخذ بما جاء في المجلة.

وقد يتم إبراء الدائن لأحد الكفلاء عند تعدادهم ولكن هذا لا يعني إبراء جميع الكفـلاء، فيجوز للدائن مطالبة كلٍ بقدر حصته التي كفلها إذا كان الكفلاء غير متضامنين، أو مطالبـة أيٍ منهم بعد استنزال حصة الكفيل الذي تم إبراؤه إذا كان الكفلاء متضـامنين وهـذا رأي شـراح القانون المدني المصري[1].

وأما المجلة فإنه إذا تعدد الكفلاء وكانوا كفلاء بعقد واحد يبرؤون ببراءة أحدهم ويرجـع المؤدي بحصص الباقين، أما إذا كان الكفلاء متعددين بعقود متفرقة يسقط حق مطالبة الآخـرين لأن أصل الدين واحد (المادة 647 من المجلة).

وقد يتم إبراء المدين المفلس في جزء من دينه نتيجة الصلح معه وهذا لا يعتبر إبـراءاً حقيقياً، ولا يترتب عليه انقضاء التزام الكفيل، لأن الغرض من الكفالة هنا هو قيام الكفيل بالوفاء في حالة ما إذا تعذر استيفاء الحق من المدين، ولأن صلح الدائن مع المدين لم يقصد منه التبرع، بل تفادي إجراءات الإفلاس والتصفية التي تزيد مركز المدين سوءاً وتضعف احتمال حصـول الدائن على حقه[2]، وما يؤكد حق الدائن في الرجوع على الكفيل حتى لو تم التصالح مع المدين المفلس ما جاءت به المادة 359 تجاري مصري " للدائن مطالبة الشركاء في الدين بتمـام دينـه ولو حصل الصلح مع المفلس "، ويعني النص بعبارة الشركاء فـي الـدين الكفـلاء والمـدينين المتضامنين[3].

سادسا: استحالة التنفيذ

قد ينقضي التزام المدين أو التزام الكفيل لسبب أجنبي لا يد لأيٍ منهما فيه، فإذا انقضـى التزام المدين فإنه كذلك ينقضي التزام الكفيل تبعاً لانقضاء التزام المدين (المادة 662 من المجلة

(1) الشهاوي، قدري، احكام عقد الكفالة– التضامن– التضامم، مرجع سابق، ص221.

(2) يحيى، عبد الودود، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص93.

(3) مرقس، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص156.

والمادة 373 مدني مصري)، ويجب أن يثبت المدين أو الكفيل أن استحالة التنفيذ كانت بسبب أجنبي (المادة 165 مدني مصري).

فالذي في المجلة يفيد أنه إذا أصبح الالتزام الأصلي مستحيلاً ولا يستطيع المدين أداءه فهو غير مضمون عليه وعلى الكفيل فقد جاء في المادة 631 " يشترط في كفالة بالمال أن يكون المكفول به مضموناً على الأصيل يعني إيفاؤه يلزم الأصيل فتصح الكفالة بثمن المبيع وبدل الإجارة وسائر الديون الصحيحة كذلك تصح الكفالة بالمال المغصوب وعند المطالبة يكون الكفيل مجبوراً على إيفائه عينا أو بدل وكذلك تصح الكفالة بالمال المقبول على سوم الشراء إن كان قد سمى ثمنه وأما الكفالة بعين المبيع قبل القبض فلا تصح لأن البيع لما كان ينفسخ بتلف المبيع في يد البائع لا تكون عين المبيع مضمونة عليه بل إنما يلزم عليه رد ثمنه إن كان قد قبضه وكذلك لا تصح الكفالة بعين المال المرهون والمستعار وسائر الأمانات لكونها غير مضمونه على الأصيل لكن لو قال أنا كفيل إن أضاع المكفول عنه هذه الأشياء واستهلكها، وتصح الكفالة بتسليم المبيع وبتسليم هؤلاء وعند المطالبة لو لم يكن للكفيل حق حبسها من جهة يكون مجبورا على تسليمها إلا انه كما كان في الكفالة بالنفس يبرأ الكفيل لوفاة المكفول به <u>كذلك لو تلفت هذه المذكورات لا يلزم الكفيل شيء</u>"، وكذلك ما جاء في المادة 650 "لو كفل احد بدين احد على أن يؤدي من المال المودع عنده يجوز ويجبر الكفيل على أدائه من ذلك المال <u>ولو تلف المال لا يلزم الكفيل شيء</u> ولكن لو رد ذلك المال المودع بعد الكفالة يكون ضامناً "، فوفق هذه المادة إذا تعهد الكفيل بأن يكفل المدين في مال الأخير المودع عنده فهذا جائز ولكن إذا تلف ذلك المال المودع فإن الكفيل يبرأ الكفيل من الكفالة لانعدام المحل (المال المودع)، وأيضاً المادة 666 "لو مات الكفيل من الكفالة يبرأ كفيل الكفيل"، فهنا يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا لانعدام المحل أيضا وهي نفس المكفول به.

سابعا: التقادم

إذا أنقضى التزام المدين بالتقادم فإنه ينقضي التزام الكفيل بالتبعية باعتباره من ملحقات الالتزام الأصلي (المادة 2/386 مدني مصري) ويتقادم الالتزام بمرور خمس عشر سنة (المادة 374 مدني مصري) ما عدا استثناءات نص عليها القانون[1].

وفرقت مجلة الأحكام العدلية بين عدم سماع الدعوى (إذا تمسك صاحب المصلحه بذلك) وسقوط الحق، فالحقوق في الإسلام لا تسقط بالتقادم ولكن لا تسمع الدعوى (إذا تمسك صاحب المصلحه بذلك) بمرور مدة معينة[2].

وفيما يتعلق بعدم سقوط الحق بالتقادم فقد ورد في المادة 1674 من المجلة " لا يسقط الحق بتقادم الزمن، بناء عليه إذا أقرّ واعترف المدعي عليه صراحة في حضور القاضي بأن للمدعي عنده حقا في الحال في دعوى وجد فيها مرور الزمن ويحكم بموجب اقرار المدعي عليه وأما إذا لم يقر المدعي عليه في حضور القاضي وادعى المدعي بكونه اقر في محل آخر فكما لا تسمع دعواه الاصليه كذلك لا تسمع دعوى الاقرار...".

وأما عدم سماع الدعوى بمرور خمس عشرة سنة فقد ورد ذلك في المادة 1660 من المجلة التي تنص على أنه " لا تسمع الدعاوي غير العائدة لأصل الوقف للعموم كالدين والوديعة والعقار الملك والميراث والمقاطعة في العقارات الموقوفة أو التصرف بالاجارتين والتولية المشروطة والغلة بعد أن تركت خمسَ عشرة سنة ".

ويتحول الالتزام المدني إلى التزام طبيعي بعد انقضائه بمرور الزمان (المادة 1/386 مدني مصري) لذلك فالمدين غير ملزم بالدين (إلا إذا قام بذلك بدافع أخلاقي وليس بدافع قانوني) وعليه فالكفيل غير ملزم[3].

---

(1) للمزيد: هذه الاستثناءات في المواد 375 و376 و377 و378 مدني مصري.

(2) السالوس، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، مرجع سابق، ص127.

(3) للمزيد: ما ذكر سابقاً عند دراسة كفالة الالتزام الطبيعي.

وقد تبرأ ذمة الكفيل بالتقادم دون أن تبرأ ذمة الأصيل مثل أن يقطع التقادم بالنسبة للمدين الأصلي وهنا لا يقطع بالنسبة للكفيل[1].

ويجب على الكفيل أن يتمسك بالتقادم حتى لو لم يتمسك به المدين لأن له مصلحة في ذلك فقد جاء في المادة 1/387 مدني مصري " لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين". وقد يتنازل المدين الأصلي عن حقه بالتقادم لذلك فإنه يجوز للكفيل أن يطعن بهذا النزول بالدعوى البوليصية على اعتبار أنه دائن للمدين الأصلي[2] وذلك وفقا للمادة 2/388 مدني مصري " وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن ينزل ضمناً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه على أن هذا النزول لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضرارا بهم ".

ثامنا: حوالة الدين

وهي نقل الدين من ذمة إلى ذمة(المادة 673 من المجلة)، فإذا تم نقل الدين من ذمة المحيل (المدين أو الكفيل) إلى ذمة المحال عليه (المدين الجديد) فإنه تبرأ ذمة المدين الأصلي والكفيل[3] وذلك لأنه في الحوالة نقل للدين والمطالبة.

وقد جاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة 669 ما يؤكد هذا القول فقد نصت على أنه " لو أحال الكفيل المكفول له على أحد وقبل المكفول له والمحال عليه يبرأ الكفيل والمكفول عنه أيضاً"، وقد ذكر سابقا أن المجلة نصت على أنه إذا اشترط في الكفالة براءة الأصيل فهي حوالة(المادة 648 من المجلة)أما الحوالة بشرط عدم براءة المحيل فهي كفالة(المادة 649 من المجلة) [4].

---

(1) طعن مدني مصري رقم 143 لسنة 20ق- جلسة 4/24/ 1952، وارد في العمروسي، أنور، التضامن والتضامم والكفالة في القانون المدني، مرجع سابق، ص285.

(2) السنهوري، الوسيط، ح10، مرجع سابق، ص233.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، مرجع سابق، ص12.

(4) للمزيد: ما ورد سابقاً عند تمييز الكفالة عن الحوالة من المبحث الثاني في الفصل الأول..

أما إذا قام الكفيل بإحالة الدين إلى شخص آخر واشترط البراءة لنفسه فقط فللدائن إن شاء طالب المدين وإن شاء طالب المحال عليه[1].

أما القانون المدني المصري فقد أبرأ المدين من الدين متى توافرت شروط حوالة الدين، فيكون المحال عليه ملزماً بالوفاء للدائن في الوقت المناسب (المادة 317 مدني مصري). وقد اعتبر القانون السابق أن من آثار حوالة الدين بقاء الضمانات الدين المحال به للمحال عليه(المادة 318 مدني مصري) إلا أنه استثنى الكفيل العيني والكفيل الشخصي من ذلك وأعطاهم الخيار إما البقاء في الحوالة أم الخروج منها (المادة 319 مدني مصري).

تاسعا: الصلح

وهو عقد برفع النزاع بالتراضي وينعقد بالإيجاب والقبول (المادة 1531 من المجلة) [2].

ويتم الصلح بين الدائن والمدين على الدين ويبرأ المدين بالقدر المتفق عليه وتبعاً لذلك يبرأ الكفيل. ويتم أيضاً الصلح بين الكفيل والدائن ويبرأ المدين والكفيل بهذا الصلح إلا إذا اشترط الكفيل البراءة لنفسه فقط وهذا ما جاء في المادة 668 التي تنص على أنه " لو صالح الكفيل أو الأصيل الدائن على مقدار من الدين يبرآن إن اشترطت براءتهما أو براءة الأصيل فقط أو لم يشترط شيء".

وإذا تم الصلح على جزء من الدين فإنه يجوز للدائن مطالبة الكفيل أو المدين بالجزء الباقي(المادة 668 من المجلة).

أما القانون المصري فقد جاء في المادة 3/553 التي تنص "يترتب عليه (أي الصلح) انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها أي من المتعاقدين نزولا نهائيا" ويشمل حقوق الدائن بالنسبة للمدين الضمانات التي له على هذا الآخر ومنها الكفالة، بالتالي فإنه بالصلح تنقضي الكفالة.

---

(1) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، مرجع سابق، ص848.

(2) نقض مدني فلسطيني رقم 19 / 2003 قرار رقم 1، تم الحصول عليه من قلم محكمة الاستئناف الفلسطينية، رام الله.

وهناك طرق لأنقضاء التزام الكفيل بصفة خاصة دون إنقضاء الالتزام الأصلي وتتمثـل بدفوع وهي الدفع ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئة من تأمينات و الـدفع بعـدم اتخاذ الدائن إجراءات التنفيذ ضد المدين بعد إنذار الكفيل له بذلك و الدفع بعدم تقدم الدائن فـي تفليسة المدين(1).

المطلب الثاني: الدفوع المنصوص عليها حكماً

لقد نص القانون المدني المصري بشكل مباشر عند تنظيمه أحكام الكفالة علـى حقـوق للكفيل يجوز له التمسك بها عند مطالبة الدائن له بالدين، وتتمثل هذه الحقوق بدفوع، أما المجلـة فلم تنص على ذلك ولكن تركته لإرادة الأطراف، وهذه الدفوع هي الـدفع بالمطالبـة والـدفع بالتجريد والدفع بالتقسيم والدفع ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه مـن تأمينـات والدفع بعدم اتخاذ الدائن إجراءات التنفيذ ضد المدين بعد إنذار الكفيل له بذلك والدفع بعدم تقـدم الدائن في تفليسة المدين.

الفرع الأول: الدفع بالمطالبة

الدفع بالمطالبة هو أن الدائن لا يرجع على الكفيل بالدين قبل رجوعه على المدين برفـع دعوى قضائية على الأخير، وهذا الدفع يتمسك به الكفيل (المادة 1/778 مدني مصري).

فيما يتصل بالمجلة ذكرنا فيما سبق أنه يجوز للدائن مطالبة المدين أو الكفيل أو كليهمـا بالدين، (المادة 644 من المجلة) فلا يجوز للكفيل التمسك بالدفع لمطالبة المدين أولاً بالـدين، إلا إذا وجد شرط في العقد (الشرط الملائم الوارد في المادة 636) ينص على عدم مطالبة الكفيـل قبل مطالبة المدين، وهذا جائز لأن الحكم أعلاه ليس من النظام العام ولذا يجوز الاتفـاق علـى خلافه.

وما ذهب إليه القانون المدني المصري في موضوع مطالبة الدائن للكفيل يختلـف عمـا جاءت في مجلة الأحكام العدلية، فلا يجوز للدائن مطالبة الكفيل قبل مطالبـة المـدين (المـادة

---

(1) فمنعاً للتكرار سأتناول هذه الدفوع لاحقاًعند دراسة حقوق الكفيل المنصوص عليها حكماً.

1/788 مدني مصري) إذا تمسك الكفيل بالدفع بعدم مطالبته قبل مطالبة المدين، ولهـذا الـدفع شروط وآثار سأتناولها فيما هو آتٍ:

أولاً: شروط الدفع بالمطالبة

الشرط الأول: ألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين

لقد اقّر المشرع المصري هذا الشرط في المادة 797 مدني مصري التي تنص على أنه "تجوز كفالة الكفيل, وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل"(1). ويعتبر الكفيل في مركز المـدين بالنسـبة لكفيل الكفيل، لذلك فإن عدم جواز رجوع الدائن على كفيل الكفيل قبل رجوعـه علـى الكفيـل يساوي عدم جواز رجوع الدائن على الكفيل قبل رجوعه على المدين، وكما يجـوز للـدائن أن يرجع أولا على كفيل الكفيل إذا كان متضامنا مع الكفيل فله بطريق القياس أيضاً أن يرجع على الكفيل أولاً إذا كان متضامناً مع المدين(2).

الشرط الثاني: تمسك الكفيل بهذا الدفع

ومقتضى هذا الشرط أنه يجب على الكفيل أن يتمسك بحقه في عدم الرجوع عليـه أولاً في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، وإذا نزل الكفيل عـن حقه الذي أعطاه له القانون بعدم مطالبته قبل مطالبة المـدين صـراحة أو ضـمناًفإنه يصـبح متضامناً مع المدين في المطالبة(3)، ولكن لا ينفي صفة التبعية لالتزام المدين، فيجـوز لـه(أي الكفيل) أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالـدين (المـادة 794 مدني مصري)(4).

---

(1) الطعن مدني مصري 597 لسنة 49، جلسة 12/8 /1983، وارد فيCD مكتبة أحكام المحاكم العربية العليا، مرجـع سابق.

(2) تناغو، سمير، التامينات الشخصية، مرجع سابق، ص62.

(3) مرقس، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص70.

(4) الطعن مدني مصري 227 لسنة 37 ق- بتاريخ 1972/12/28 سنة المكتب الفني 23. والطعن مدني مصـري رقـم 690 لسنة40 بتاريخ 1976/3/15 سنة المكتب الفني 27، وردت في CD مكتبة أحكام المحاكم العربية العليـا، مرجـع سابق.

الشرط الثالث: أن يكون رجوع الدائن على المدين ذي فائدة[1]

إذا كان المدين معسراً أو عاجزاً عن الوفاء بالدين فلا مصلحة للكفيل في التمسك بحقه بمطالبة الكفيل أولاً، ويقع على الدائن عبء إثبات أن المدين معسرٌ أو عاجزٌ عن الوفاء بالدين[2]، ولا يرغم الدائن على قبول الوفاء بجزء من الدين من المدين ومن ثم الرجوع على الكفيل بالباقي، ولكن إذا تم الإتفاق على ذلك فلا مانع، وذلك ما تقتضيه المادة 1/342 مدني مصري.

ثانيا: آثار قبول الدفع بعدم مطالبة الكفيل قبل المدين

إذا تم قبول الدفع المقدم من الكفيل بعدم مطالبته قبل مطالبة المدين فإن دعوى الدائن ترد، ويستطيع الدائن أن يتخلص من هذا الدفع بأن يرجع على الكفيل والمدين معاً، فليس هناك ما يمنع الدائن من ذلك ولكن يستطيع الكفيل أن يدفع بتجريد المدين من أمواله قبل التنفيذ على أمواله (أي على أموال الكفيل)، فإذا تم تضامن في الدفع بالمطالبة فإن ذلك لا يعني أن هناك تضامن في عدم التجريد[3].

الفرع الثاني: الدفع بالتجريد (الدفع بالتنفيذ)

ويعني هذا الدفع: أن من حق الكفيل أن يوقف إجراءات التنفيذ على أمواله إلى أن يتم التنفيذ على أموال المدين وتتم العودة عليه بالجزء الذي عجز المدين عن سداده فقط[4].

أما مجلة الأحكام العدلية لم تأخذ بالدفع بالتجريد، وهذا القول نتيجة طبيعية لاعتبار الكفيل متضامناً مع المدين في مطالبته قبل المدين أو معه. لذلك يجوز للدائن التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على أموال المدين ولكنها أجازت اشتراط التجريد في العقد، بدليل الشرط

---

(1) الشهاوي، قدري، أحكام عقد الكفالة- التتضامن- التضامم، مرجع سابق، ص116.

(2) زكي، محمود، دروس في التامينات الشحصية والعينية، مرجع سابق، ص73.

(3) عبد السلام، سعيد، الوجيز في التامينات الشحصية والعينية، مرجع سابق، ص67.

(4) يحيى، عبد الودود، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 77.

الملائم (الوارد بنص المادة 623 من المجلة) الذي يعطي للكفيل الحق أن يشترط في عقد الكفالة أن يطلب الدائن دينه من المدين فإن لم يعطه الاخير يطالب الدائن الكفيل.

وهذا ما استقرت عليه المحاكم الفلسطينية التي تطبق نصوص مجلة الأحكام العدلية من حيث جواز مطالبة المدين والكفيل والتنفيذ أو الحجز التحفظي أيضاً على أموالهما بالتكافل والتضامن[1].

وأما القانون المدني المصري فقد أخذ بحق الكفيل بالدفع بالتجريد، وهذا الحق مأخوذ من القانون الروماني، إذ ظهرت فكرة التبعية والصفة الاحتياطية في التزام الكفيل تجاه الدائن[2]. فقد جاء المادة 2/788 " لا يجوز له (الدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق".

وسأوضح الدفع بالتجريد متناولة شروطه وآثاره والصورة الخاصة به.

أولا: شروط الدفع بالتجريد

الشرط الأول: ألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين

فإذا كان الكفيل متضامناً مع المدين فإنه يجوز للدائن التنفيذ على أموال الكفيل أو المدين، وهذا هو مفهوم التضامن وعليه فلا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب الدفع بالتجريد (المادة 793 مدني مصري).

ولم يتطرق نص المادة 793 مدني مصري إلى حق كفيل الكفيل بالدفع بتجريد المدين عندما يكون هناك تضامن بين الكفيل والمدين.

ويرى بعضهم[3] إنه يجوز لكفيل الكفيل أن يدفع بتجريد الكفيل أو المدين.

---

(1) نقض مدني فلسطيني رقم2005/44 مشار إليه في **مجلة العدالة والقانون –المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء (مساواة)**، العدد الثالث، رام الله، 2005، ص65.

(2) القيسي، محمود، الكفالة في المنظورين الشخصي والمصرفي، مرجع سابق، ص18-19.

(3) مرقس، سليمان، عقد الكفالة، مرجع سابق. ص 79. عبد السلام، سعيد، الوجيز في التامينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 100.

ويرى آخرون[1] أن تضامن الكفيل مع المدين يمنع كفيل الكفيل أن يدفع بتجريد المــدين حتى لو لم يكن كفيل الكفيل متضامناً مع المدين، لأن الكفيل نفسه لا يستطيع أن يــدفع بتجريــد المدين، وإذا أعطي الحق لكفيل الكفيل بالدفع بالتجريد في هذه الحالة فإنه يوجد انتقاص لحقــوق الدائن.

ويرى الباحث أنه ما دام لا يوجد نص في القانون المدني المصري يعــالج الافتــراض السابق، فإنه يجوز لكفيل الكفيل أن يتمسك بالدفع بتجريد المدين أو الكفيل، عندما يكــون هنــاك تضامن بين الكفيل والمدين لأسباب هي:

أ- أنه في القانون المدني المصري لا يمكن اعتبار كفيل الكفيل متضامن تلقائياً مع المــدين والكفيل لتضامن الكفيل مع المدين، لأن التضامن لا يفترض إلا في الاتفاق أو بالقانون، ولا يوجد ما ينص في القانون المدني المصري على تضامن كفيل الكفيل مــع المــدين ومع الكفيل ولا يوجد اتفاق، بخلاف المجلة التي تعتبر المدين والكفيل وكفيــل الكفيــل متضامنين في المطالبة(المواد 644 و645 من المجلة).

ب- يجب قياس علاقة كفيل الكفيل مع الكفيل على علاقة الكفيل مع المــدين أمــام الــدائن، فتكون العلاقة كالتالي كفيل الكفيل(كفيل) والكفيل(مدين)[2].

فإذا كان الكفيل يعلم أن المدين قد تنازل عن حقه في الدفوع الخاصة بــه(أي بالمــدين) وبعقد الكفالة فإنه لا يجوز للكفيل أن يتمسك بهذه الدفوع إلا إذا تمسك بها المدين، أما إذا لم يكن يعلم بهذا التنازل فإن من حقه التمسك بالدفوع الخاصة بالمدين وبعقــد الكفالــة ومنهــا الــدفع بالتجريد.

وهذا هو حال كفيل الكفيل أمام الكفيل، فإذا كان كفيل الكفيل يعلم أن الكفيل قد تنازل عن حقه بالتجريد فلا يجوز له (أي كفيل الكفيل) أن يتمسك بهذا الدفع، أما إذا لم يكن يعلم أن الكفيل تنازل عن حقه بالدفع بالتجريد، فإنه يجوز له (أي كفيل الكفيل) أن يتمسك بهذا الدفع حتى لو لم يتمسك به الكفيل.

---

(1) يحيى، عبد الودود، عقد الكفالة، مرجع سابق،. ص 62.

(2) المعنى ذاته عبد السلام، سعيد، الوجيز في التامينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص99.

ج- جاء في المادة 797 مدني مصري " تجوز كفالة الكفيل، وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل، إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل " إن المشرع المصري عالج في هذه المادة حكم عدم رجوع الدائن على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل، إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل، ولم يضف المشرع إلى النص السابق حكم عدم التنفيذ، ويرى الباحث أن هناك قصوراً في هذه المادة لعدم تناولها حكم عدم التنفيذ بالإضافة إلى حكم عدم الرجوع.

الشرط الثاني: أن يتمسك الكفيل بحقه بالدفع بالتجريد (المادة 2/788 مدني مصري)، وهذا الشرط مكمل للشرط الذي قبله.

فيستطيع الكفيل أن ينزل عن حقه بالتجريد صراحة أو ضمناً، لأن هذا الحق ليس من النظام العام، ولا يجوز للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها، ويجوز للدائن بموجب هذا الحق أن يدفع بالتجريد من وقت شروع الدائن بالتنفيذ على أمواله.ولكن اختلف الفقهاء في مدى حق الكفيل بالدفع بالتجريد، عند النظر في المطالبة القضائية للكفيل:

فيرى بعضهم[1] أنه يجوز للكفيل أن يتمسك بالدفع بالتجريد في أي وقت أي في أثناء نظر دعوى المطالبة وهذا لا يؤثر على سير الدعوى، أو عند التنفيذ على أمواله(أي أموال الكفيل).

في حين يرى آخرون[2] أنه لا يجوز للكفيل أن يتمسك بهذا الدفع إلا عندما يبدأ الدائن بالتنفيذ على أموال الكفيل بموجب سند قابل للتنفيذ لأن هذا الدفع يتعلق بالتنفيذ وليس بالمطالبة القضائية.

ويرى الباحث أن ما جاء به الرأي الأول هو الأرجح من حيث جواز الدفع بالتجريد عند نظر دعوى المطالبة، حيث تستمر المحكمة بنظر الدعوى وتحكم بإلزام الكفيل بالدين وبعدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين[3].

---

(1) زكي، محمود، دروس في التامينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 94. عبد السلام، سعيد، الوجيز في التامينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 99.

(2) أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 172.

(3) المعنى ذاته يحيى، عبد الودود، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 64.

وما جاءت به محكمة النقض المصرية يؤيد ذلك حيث قضت بجواز التمسك بالدفع بتجريد المدين في أي وقت مناسب[1]، ولم تحدد المحكمة ما هو الوقت المناسب، إذن يجوز عند المطالبة القضائية، فذلك يوفر الوقت والجهد، فإذا الزمنا الكفيل بالدفع بالتجريد عند التنفيذ على أمواله، فإنه يجب عليه بداية أن ينتظر حتى يثبت الدائن أحقية مطالبتة المدين بالدين، ثم بعد ذلك ينظر القاضي في الدفع بالتجريد والأموال التي للمدين... ولكن إذا نظر القاضي في دعوى المطالبة والدفع بالتجريد، فإنه قد يحكم بإلزام الكفيل بالدين ولكن لا يجوز التنفيذ على أمواله حتى يتم تجريد المدين من أمواله وفاءً للدين، ولا يجوز للكفيل أن يتمسك بالدفع بالتجريد في حالات وهي:

أ- لا يجوز للكفيل العيني التمسك بالدفع بالتجريد وهذا لأن ما جاءت به المادة 1050 مدني مصري التي تنص على أنه " إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك".

ب- لا يجوز للكفيل القانوني والقضائي التمسك بالدفع بالتجريد لأن القانون اعتبرهم متضامنين بحكم القانون، والمتضامن بشكل عام لا يجوز له الدفع بالتجريد (المادة 793مدني مصري)، وقد نصت المادة 795مدني مصري على أنه " في الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائماً متضامنين ".

ج- وكذلك لا يجوز للكفيل التجاري الذي ضمن الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً أو ظهر هذه الأوراق (2/779 مدني مصري) وأن يكون الكفيل التجاري بنكاً أو كان تاجراً وله مصلحة شخصية في الدين (أي بهدف الربح)، (المادة 1/48تجارة مصري)، لأن التضامن مفترض في المعاملات التجارية في حال تعدد المدينين[2].

---

(1) الطعن مدني مصري رقم 78 لسنة 6ق، جلسة 1937/1/21، وارد فيCD مكتبة أحكام المحاكم العربية، مرجع سابق، ص 172. وقد جاء في المادة 1021 القانون المني العراقي رقم(40)لسنة 1940 والتي تنص " إذا طولب الكفيل أولاً جاز له عند الإجراءات الأولى التي توجه ضده أن يطالب الدائن باستيفاء دينه من أموال المدين.........".

(2) ألا أن ذلك ليس من النظام العام فيجوز الاتفاق على خلاف ذلك.

الشرط الثالث: أن يرشد الكفيل الدائن على أموال مملوكة للمدين تكفي الوفاء بالدين كله

نصت المادة 789 مدني مصري على أنه " إذا طلب الكفيل التجريد وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله، ولا عبرة بالأموال التي يـدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي المصرية أو كانت أموالاً متنازعاً فيها ".

ويتضح من نص المادة السابقة أن الكفيل إذا طلب الدفع بالتجريد وجب عليه أن يقـوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين التي تفي بالدين كله، واكتفى النص بذلك، أما تحمـل نفقة الإجراءات للتنفيذ على أموال المدين، فلم يعالجه النص[1]، وكان هناك رأيان:

الرأي الأول: أن الدائن يأخذ نفقات تجريد المدين من أموال المدين ذاتـه بعـد التنفيـذ علـى أمواله[2].

الرأي الثاني: أن الدائن يأخذ نفقات تجريد المدين من أموال الكفيل وذلك بعد التنفيذ على أمـوال المدين[3].

ويرى الباحث أن مصروفات تنفيذ الوفاءونفقاته تكون على الطرف المدين وفق القواعد العامة في المادة 348 التي تنص على أنه "تكون نفقات الوفاء على المدين إلا إذا وجد اتفـاق أو نص يقضي بغير ذلك".

وبناء على المادة السابقة فإن الكفيل عندما يدفع بتجريد المدين قبل التنفيذ علـى أموالـه ويتم الدفع فيكون المدين هو الملزم بالوفاء أمام الدائن والملزم بنفقات التنفيذ، أما إذا تم رفـض قبول الدفع بالتجريد، أو ظهر أن المدين معسراً ورجع الدائن ونفذ على أموال الكفيل فإن الملزم بالوفاء هنا الكفيل وهو الذي يتحمل نفقات التنفيذ والوفاء.

---

(1) تنص المادة 1022 مدني عراقي على انه" إذا طلب الكفيل استيفاء الدائن دينه من أموال المدين وجب عليـه أن يـدل الدائن على هذه الأموال وأن يقدم إليه مبلغاً يكفي للوفاء بتكاليف الإجراءات ".

(2) يحيى، عبد الودود، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص66.

(3) السنهوري، الوسيط، ج10، مرجع سابق، ص125.

وقد حدد المشرع المصري شروطاً خاصة للأموال التي يرشد إليها الكفيل وهي:

1- أن تكون أموال المدين كافية للوفاء بالالتزام، لأن الدائن غير مجبر على أخذ جزء من الدين (وفق القواعد العامة في المادة 343 /1 مدني مصري).

2- أن تكون الأموال غير متنازع عليها: بمعنى أن لا تكون رفعت دعوى بشأنها أو وجد نزاع مجدٍ، وذلك وفقاً للقواعد العامة لمفهوم المادة 2/469 مدني مصري.

ويضيف السنهوري إلى ما ورد في مفهوم المادة 2/469 أنه يكفي لاعتبار المال متنازعاً عليه بل أن تكون إجراءات التنفيذ عليه صعبة ومعقدة[1].

3- أن لا تقع الأموال خارج الأراضي المصرية، وذلك حتى يسهل التنفيذ عليها داخل الأراضي المصرية بحيث لا يكون هناك إرهاقاً للدائن في أخذ حقه من المدين[2].

ثانيا:آثار الدفع بالتجريد

يترتب على الحكم بالتجريد الآثار التالية:

1- وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل، حتى تفصل المحكمة بالدفع بالتجريد، فإذا رفض الدفع بتجريد المدين من أمواله قبل التنفيذ على أموال الكفيل استمر الدائن بالتنفيذ على أموال الكفيل، أما إذا تم قبول الدفع بالتجريد فإنه يتعين على الدائن أن يتوقف عن الاستمرار في إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل، ولكن ما تم من إجراءات فإنه يحتفظ بآثاره[3]. ووقف

(1) السنهوري، الوسيط، ج10، مرجع سابق، ص 122.

(2) تناغو، سمير، التأمينات الشخصية، مرجع سابق، ص 70.

(3) الشهاوي، قدري، أحكام عقد الكفالة- التضامن- التضامم، مرجع سابق، ص 137. السنهوري، الوسيط، ج10، مرجع سابق، ص 126. بينما يرى البعض الأخر سقوط الإجراءات التي اتخذها الدائن قبل الدفع ما جاء في زكي، محمود، دروس في التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 98. ويرى الباحث أن هذا القول في غير محله لأن الدائن اتخذ إجراءات صحيحة.

إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل لا يمنع الدائن من اتخاذ الإجراءات التحفظية على أمـوال الكفيل إذا وجد أن المدين يعمل على تهريب أمواله(المادة 2/316 مرافعات مدني مصري)[1].

2- تنفيذ الدائن على الأموال التي أرشده إليها الكفيل، وهي المرحلة الثانية مـن آثـار الـدفع بالتجريد، فمن الطبيعي عندما لا يستطيع الدائن أن يأخذ حقه من الكفيل أن ينفذ على أمـوال المدين الأصلي، فإذا أخذ حقه بالكامل برئت ذمة المدين الكفيل، أما إذا لم ينفذ الدائن على مال المدين أو على جزء من أمواله، فإن مرد ذلك إلى فرضين:-

الفرض الأول: إذا كان سبب عدم التحصيل كاملاً أو جزئياً راجعاً إلى سبب أجنبي... مثـل إذا ظهر دائنون عاديون لهم ديون سابقة لم تكن معلومة قبل قبول الدفع بالتجريد, فزاحموا الـدائن على استيفاء قيمة الأموال التي أرشده إليها الكفيل، أو طرأ نقص في قيمة الأموال مثل حصـول فيضان أو زلزال أو أنها سرقت أو حرقت...، كان الدائن والمدين هنا غير مسـئولين، وجـاز للدائن التنفيذ على باقي حقه من أموال الكفيل[2].

الفرض الثاني: إذا كان عدم التحصيل راجع إلى خطأ من الدائن أو إلى تأخرة في تجريد أمـوال المدين في هذا الفرض يكون الدائن مسئولاً عن ذلك وتبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي يكـون فيـه الدائن مسئولاً (المادة 790 مدني مصري) ويجب على الكفيل إثبات عدم اتخاذ الدائن الإجراءات في الوقت المناسب لأخذ حقه كاملاً[3].

---

(1) وهذا أيضا ما جاء في المادة 266 أصول محاكمات مدني وتجاري فلسطيني" للدائن أن يقدم طلبا مؤيـداً بالمسـتندات لإيقاع الحجز التحفظي على أموال المدين سواء كانت بحيازته أم لدى الغير قبل إقامة الدعوى أو عند تقـديمها أو أثنـاء السير فيها إلى قاضي ألأمور المستعجلة أو المحكمة المختصة بالدعوى"، وتنص أيضا المادة 277 مدني وتجاري فلسطيني " إذا اقتنعت المحكمة بناء على ما قدم إليها من بينات بأن المدعي أو المدعي عليه الذي أقيمت ضده دعوى متقابلـة قـد تصرف بجميع أمواله أو هربها إلى خارج فلسطين وانه على وشك أن يغادرها وذلك بقصد عرقلة تنفيذ أي قرار قد يصدر في حقه جاز لها أن تصدر مذكرة تأمره بالمثول أمامها وان تكلفة بتقديم كفالة مالية تضمن ما قد يحكم به عليه،فإذا امتنـع عن تقديم الكفالة تقرر منعه من مغادرة البلاد لحين الفصل في الدعوى ".

(2) الشهاوي، قدري، أحكام عقد الكفالة- التضامن- التضامم، مرجع سابق، ص139.

(3) مرقس، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص91-92.

ثالثاَ: الصورة الخاصة للدفع بالتجريد

نصت المادة 791 مدني مصري على أنه "إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانونـــاً أو اتفاقاً لضمان الدين، وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه، ولم يكن الكفيل متضامناً مع المـــدين، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين".

ويتضح من النص السابق وجود شروط حتى لا يمكن التنفيذ على أموال الكفيـــل قبـــل التنفيذ على الأموال المؤمنة للدين، هذه الشروط وهي:

1- أن يكون هنالك تأمين عيني خصص لضمان الدين, وهذا التأمين قد يكون رهناً رســـمياً أو حيازياً، ولا يشترط أن يكون هذا التأمين العيني كاف للوفاء بالدين أم غير كاف، فيســـتطيع الدائن أن يرجع بالباقي على أموال المدين أولاٍ ثم الرجوع على أموال الكفيل.

2- أن يكون التامين العيني سابقا أو معاصراً للكفالة وبمفهوم المخالفة إذا تقرر التامين العينـــي بعد انعقاد الكفالة، فإن الكفيل لا يستطيع الدفع بالتنفيذ على هذا التأمين[1].

3- أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين، وواضح أن هذا الشرط العام بديهي بالدفع بالتجريد، إذ إن منطق التضامن يجعل الكفيل في مركز المدين الأصلي، فيحق للـــدائن التنفيـــذ علـــى أموال الكفيل أو المدين أو كليهما.

4- يشترط أن يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد ولا يجوز أن تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها لأنه ليس من النظام العام[2].

ولقد اختلف الفقه في من يقدم التأمين العيني المخصص لضمان الدين، هل المدين نفســـه أو الغير(أي الكفيل العيني) فكان هناك رأيان في هذا الشرط:

---

(1) أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص183.

(2) سعد، نبيل، التامينأت العينية والشخصية، مرجع سابق، ص222.

الرأي الأول[1]: يرى أنه يجب أن يقدم التأمين العيني من المدين نفسه، ولا ينصرف هذا الدفع إلا إلى أموال المدين وليس على أموال الكفيل العيني وذلك لأن الكفيل الشخصي والكفيل العيني تابعان للالتزام الأصلي، وأن اختلاف الكفيل العيني عن الكفيل الشخصي ليس في درجة المسؤولية وإنما في مدى هذه المسؤولية لأن العلاقة بين الكفلاء إذا تعدوا بحكمها ما يسمى الدفع بالتقسيم فيطالب كل كفيل بقدر نصيبه (وستتم معالجة هذا الدفع لاحقاً)، لذلك إذا اجزنا الدفع بالتجريد بين الكفيل العيني والكفيل الشخصي كان ذلك تعقيداً الإجراءات فيكون للكفيل الشخصي تجريد الكفيل العيني ثم يسمح بعد ذلك للكفيل العيني الرجوع على الكفيل الشخصي و ذلك يتطلب وقتاً وجهداً كبيراً.

الرأي الثاني: الذي لا يشترط أن يكون التامين العيني مقدماً من المدين بل أيضاً قد يكون مملوكاً لغيره(كفيل عيني) وحجة هذا الرأي إن عبارة النص 791 مدني مصري السالفة الذكر لم تفرق بين تأمين وآخر، بل جاءت العبارة مطلقة، وكذلك فإن مركز الكفيل الشخصي يختلف عن مركز الكفيل العيني إذ لا يجوز للأخير أن يدفع بتجريد المدين (حسب المادة 1050)، لذلك يستطيع الدائن أن ينفذ على أموال الكفيل العيني ولا يستطيع أن يدفع بالتقسيم بينه وبين الكفيل الشخصي[2].

ويرى الباحث أن ما جاء به أصحاب الرأي الأول كان أقرب للصواب لما أورده من مبررات معقولة على اعتبار أن التأمين الذي خصص لضمان الدين مقدم من المدين وليس من الكفيل العيني.

وملخص القول أن مجلة الأحكام العدلية لم تأخذ بالدفع بالمطالبة، وبالدفع بالتنفيذ وهذا ما جاءت به المادة 644 من المجلة، فقد أعطت الدائن الحق بمطالبة المدين أو الكفيل أو كليهما ومن ثم اقتضاء حق (الدائن) بالتنفيذ على أموال أيٍ منهما.

---

(1) زهران، همام، التامينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص162-163

(2) أبو السعود، رمضان، التامينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 185. سعيد، عبد السلام، الوجيز التامينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 107.

ويرى الباحث أن مطالبة الكفيل والمدين بالدين أو مطالبة الكفيل وحده كما جـاءت بـه المجلة كان أقرب للصواب، لأنه عند حلول أجل الدين يجدر بالمدين سداد دينه، ولكنه لم يـوف يسبب مماطلته أو أنه لا يملك المال إذن فإنه أظهر عدم استعداده لسداد دينه اختيـارا لـذلك إذا أجزنا للكفيل الدفع بمطالبة المدين قبل مطالبته بالدين كما جاء في القانون المدني المصري، فان ذلك سيكون فيه زيادة في الإجراءات في حال رجوع الدائن على الكفيل بعد رجوعه على المدين بالدعوى القضائية، خصوصاً أن هناك خلافاً بين الفقهاء المصريين حول اشتراط الرجوع هـل إقامة الدعوى القضائية أو مجرد التنبيه للمدين، لذلك فإن الغاية الأولى من الكفالة هي حصـول الدائن على حقه التي لولاها لما التزم أو أبرم عقداً بينه وبين المدين، وكما ذكرت في المقدمة أن أموال المدين معرضة للخطر، مثل أن يكون له دائنون آخرون، لذلك لا يستطيع الدائن أن يدعي أفضليته عليهم، فيطلب من المدين كفيلاً يضمن سداد الدين عند حلول أجله.

وكذلك فإن مطالبة الاثنين معاً (المدين والكفيل) فيها استقرار للحقـوق، فالـدائن يريـد الحصول على دينه بالوقت الذي يحل أجله ولهذه الغاية شرعت الكفالة وهي ضمان حق الدائن، الذي لولا هذا الضمان لما قام بتقديم تسهيلات للمدين مثل قرض أو مدّ أجل الدين فهو يطمـئن بوجود مدينين لسداد دينه وليس مديناً واحداً، أما الكفيل فانه يجب أن يعلم أنه مـدين بالمطالبـه وأنه سيوفي الدين فلا يعتد الجهل بالقانون، إلا أنه لا يحرم الكفيل من حقه بالرجوع على المدين بسداد دينه فيكون ذلك إما بدعوى الحلول وإما بالدعوى الشخصية[1]، وكذلك لا يخلو حق الكفيل في حالة الرجوع من المخاطر مثل إعسار المدين.

وكذلك فان مطالبة الاثنين معاً فيها وسيلة إجبار أو ضغط من الكفيل على المدين لسـداد الدين، فالكفيل يعتبر نفسه تابعاً أو احتياطياً لسداد دين المدين إذا لم يقم الأخير بذلك أما إذا كـان المدين موسراً، فلا يرى الكفيل مبرراً لسداد الدين، لذا فيلجأ إلى إجبار المدين بوفاء الدين.

ويرى الباحث أيضاً أن مطالبة المدين والكفيل بالدين هي رعاية لمصلحة الكفيـل مـن خلال المثال التالي: في عقد البيع قد يطلب البائع من المشتري كفيلاً بالثمن، فيتسـلم المشـتري

(1) للمزيد: ما سيرد لاحقاً عند دراسة علاقة الكفيل بالمدين.

المبيع دون أن يدفع الثمن، ولم يكن يعلم الكفيل أن المبيع فيه عيوب أو أنه ملكاً لغيره، فهذه التغيرات التي حصلت بعد انعقاد العقد لم يعلم بها الكفيل، لذلك فان إدخال المدين في الدعوى يكشف عن أسباب عدم دفعه الثمن، لذا يجوز للمدين التمسك بانقضاء التزامه أو الكفيل التمسك بانقضاء التزام أيٍ منهما، ألا أن الكفيل قد لا يريد إدخال المدين في الدعوى لانعدام المصلحة مثل أن يكون المدين زوجة الكفيل أو أحد أبنائه.

لذلك يقترح الباحث على المشرع الفلسطيني عند إصدار أحكام خاصة بالكفالة بالنسبة للمطالبة والتنفيذ أن ينص على حق الدائن بمطالبة المدين أو الكفيل أو كليهما كما جاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة 644 من المجلة.

الفرع الثالث: الدفع بالتقسيم

التقسيم: هو أنه يجوز لأي مدين أو كفيل أن يطلب تقسيم الدين بينه وبين المدينين أو الكفلاء الآخرين بنسبة حصة كل منهم[1]. وحق الكفيل في الدفع بالتقسيم فرضان:

الفرض الأول: أن هناك أكثر من كفيل لدين واحد وفي عقد واحد ولم يكن هؤلاء الكفلاء متضامنين فيما بينهم، لذلك فالدين ينقسم عليهم، ولا يجوز للدائن أن يرجع على أيٍ منهم إلا بقدر نصيبه في الدين، وهنا يحق لأي كفيل من الكفلاء أن يدفع تجاه الدائن بحق تقسيم الدين بين الكفلاء الآخرين وفق شروط معينة سنراها لاحقاً.

وتناولت مجلة الأحكام العدلية حق الكفيل بالدفع بالتقسيم بينه وبين الكفلاء الآخرين تجاه الدائن، في المادة 647 التي تنص على أنه " لو كان لدين كفلاء متعددون..... وان كانوا قد كفلوا معاً يطالب كل منهم بمقدار حصته من الدين.......".

ولم يكن القانون المدني المصري مختلفاً عن مجلة الأحكام العدلية في مدى أحقية الكفيل بالدفع بالتقسيم بينه وبين الكفلاء الآخرين. فنصت المادة 792 / 1 مدني مصري على أنه "إذا

(1) سعد، نبيل، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص323.

تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد و كانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الـــدين علـــيهم، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة".

وبدراسة المواد أعلاه يمكن استنباط شروط الدفع بالتقسيم وآثاره على النحو التالي:

أولا:شروط الدفع بالتقسيم

الشرط الأول: أن يتعدد الكفلاء

فإن كان للمدين كفيل واحد فلا ينقسم الدين بينهم، فالكفيل وفق المجلـــة متضـــامن مـــع المدين ويجوز للدائن مطالبة أيٍ منهم بكامل الدين (المادة 644 من المجلة) أمـــا فـــي القـــانون المدني المصري فلا يجوز مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين (المادة 1/788 مدني مصري).

ويرى بعضهم[1] أنه يجوز أن يكون التقسيم بين الكفيل العيني والكفيل الشخصي فيكـــون الكفيل الشخصي ملتزماً بكل الدين ويكون الكفيل العيني ملتزم في حـــدود قيمـــة المـــال الـــذي خصصه للوفاء فإذا كانت قيمة هذا المال مساوية للدين أو متجاوزا لها اعتبـــر الكفيـــل العينـــي ملتزماً بكل الدين ثم بعد ذلك ينقسم الدين بينه وبين الكفيل الشخصي مناصفة أما إذا كانت قيمـــة المال الذي خصصه للوفاء أقل من قيمة الدين أنقسم الدين بينه وبين الكفيل الشخصي بنسبة هذه القيمة إلى مجموع قيمة التزاميهما مثل إذا كان الدين ثلاثة الآف وقيمة المال المرهـــون نصـــف هذا المبلغ كان الكفيل الشخصي ضامناً ثلاثة الآف كلها والكفيل العيني ألفاً وخمســـمائة وينقســـم الدين بينهما أثلاثاً أي أن الكفيل الشخصي يكون ملزماً بألفين والكفيل العيني بألف فقط.

أما الرأي الآخر[2] فيرى أنه لا يجوز أن يكون انقسام في الدين بين الكفيـــل الشخصـــي والكفيل العيني، وإنما ينفذ أولاً على المال الذي رهنه الكفيل العيني ضماناً للدين بـــنص المـــادة 791 لذلك فالدين لا ينقسم بينهم.

---

(1) مر قس، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص107.

(2) السنهوري، الوسيط، ج10، مرجع سابق، ص94-95.

ويرى الباحث أن ما جاء به أصحاب الرأي الأول هو الأقرب للصواب وذلك لأن الكفيل الشخصي مثل الكفيل العيني اللهم أن الكفيل الشخصي خصص جميع أمواله للوفاء بالـــدين فـــي حين خصص الكفيل العيني شيئاً معيناً للوفاء بالدين، وكذلك فإن عبارتي المادة 647 من المجلة والمادة793 مدني مصري جاءت مطلقة فقد ورد: إذا تعدد الكفلاء ولم تخصص أن يكونوا فقــط كفلاء شخصيين، فقد يكونون كفلاء شخصيين أوعينيين، أو كفلاء شخصيين وعينيين.

الشرط الثاني: أن يتعدد الكفلاء لدين واحد

لذلك لا يجوز للكفيل أن يطلب تقسيم الدين بينه وبين كفيلـــه (أي كفيـــل الكفيـــل)، لأن التزاميهما مختلفان فالكفيل يضمن الالتزام الأصلي أما كفيل الكفيل فيضمن التزام الكفيل[1].

الشرط الثالث: أن يكفل الكفلاء المتعددون نفس المدين

فإذا تعدد المدينون وكانوا متضامنين، وقدم كل منهم كفيلاً، أي لكل مدين كفيـــل، فـــلا يجوز لهؤلاء الكفلاء المتعددين أن يطلبوا التقسيم، بل يبقى كل منهم مسؤولاً عن كل الدين لأنـــه في التضامن يجوز للدائن مسائلة أي مدين بكل الدين لذا فإن كل كفيل لأي من المدينين مسؤول عن مجموع الدين، لذلك فلا انقسام بينهم(أي بين الكفلاء). أما إذا كان المدينين غير متضـــامنين فإن الدين ينقسم بينهم(أي بين المدينين) وفيما بعد ينقسم بين الكفلاء[2].

الشرط الرابع: أن لا يكون الكفلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم

إن هذا الشرط منصوص عليه صراحة في المادة 793 مدني مصري فإذا كان الكفـــلاء متضامنين فإنه يجوز للدائن مطالبة أيٍّ شاء منهما(المادة 645 من المجلة و المادة 1/285 مدني مصري).

أما في مجلة الأحكام العدلية فالتضامن مفترض بين المدين والكفيل وكفيـــل الكفيـــل.... فيجوز للدائن مطالبة أيٍّ منهم شاء بكل الدين إذا لم يكن اياً منهم حدد لنفسه كفالة جزء من الدين وفق المادة 647 من المجلة.

---

(1) سعد، نبيل، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص424.

(2) السنهوري، الوسيط، ج10، مرجع سابق، ص94- 95. تناغو، سمير، التأمينات الشصية، مرجع سابق، ص83

وإذا كان هناك كفيلان واحدهما كفيل متضامن مع المدين فإنه لا يجوز للكفيل المتضامن أن يدفع بالتقسيم مع الكفيل غير المتضامن، لأن الكفيل المتضامن قد نزل صراحة عن حقه بالدفع بالمطالبة والتجريد والتقسيم.

ثانيا: آثار قبول الدفع بالتقسيم

1- لا يجوز للدائن التنفيذ على أي كفيل من الكفلاء غير المتضامنين بكل الدين بل ينقسم بينهم بنسبة حصة كل منهم فقط[1].

2- للكفيل أن يتمسك بالدفع بالتقسيم في أي مرحلة من مراحل الدعوى.

3- التقسيم يقع بقوة القانون وعلى القاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه دون حاجة إلى أن يتمسك به الكفيل، لأن التقسيم يحصل من وقت إبرام عقد الكفالة لا من وقت التمسك بهذا التقسيم ولا من وقت صدور حكم المحكمة.

4- وبناءً على ذلك فإنه إذا أعسر أحد الكفلاء الآخرين، لا يتحمل أي كفيل مدعى عليه حصة من أعسر، بل الدائن هو من يتحمل ذلك[2].

الفرض الثاني: هو أن يتعدد الكفلاء لدين واحد، وأن يكون كل كفيل قد التزم بعقد منفرد أي بعقود متوالية، فإنهم يعتبرون متضامنين ويكون كلّ منهم مسؤولاً عن الدين،(إلا إذا حدد الكفيل كفالة جزء من الدين) لذلك فإنه لا يستطيع أيٌ منهم (أي من الكفلاء) أن يتمسك بحقه بتقسيم الدين بينه وبين غيره من الكفلاء[3].

وتناولت مجلة الأحكام العدلية هذا الفرض في المادة 647 من المجلة فنصت على أنه " لو كان لدين كفلاء متعددون فإن كان كل منهم قد كفل على حدة يطالب كل منهم بمجموع الدين...".

---

(1) تناغو، سمير، التأمينات الشصية، مرجع سابق، ص 81.

(2) عبد السلام، سعيد، الوجيز التأمينات الشصية والعينية، مرجع سابق، ص 68.

(3) يحيى، عبد الودود، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 88.انظر أيضا **An-Economic Analysis of the Guaranty Contracts**,p.53 مقال تم الحصول عليه من http://www.jstor.org بتاريخ 2006/7/15 الساعة الواحدة مساءاً.

وأيضاً ورد الفرض السابق في القانون المدني المصري في المادة 2/792فقد جاء فيها "أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية، فإن كل واحد منهم يكون مسؤولاً عن الدين كله، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم".

واضح من الفرض الثاني الذي يتضمن عدم إجازة دفع الكفيل بالتقسيم بينه وبين الكفلاء الآخرين أمام الدائن، ولهذا الفرض حالات وآثار.أما حالات عدم الدفع بالتقسيم فهي:

1- تعدد الكفلاء للمدين بعقود مستقلة أو متوالية وهو بذلك أي الكفيل يضمن الدين بأكمله ولا يعتمد على أي كفيل آخر بوفاء الدين.

2- كل مدين مسئول عن كل الدين أمام الدائن مسؤولية تضاممية[1].

3- قرينة التزام الكفلاء بعقود متوالية على أن كلاً منهم مسئول عن كل الدين قرينة قابلة لإثبات العكس بالكتابة وليس بطرق الإثبات كافة، لأن الكفالة لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة، فيجوز لأي من الكفلاء أن يثبت أنه قصد أن يقتصر التزامه على نصيبه بين الكفلاء، وهذا ما أراده المشرع المصري من نص المادة 2/792 بقوله ".... إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم"[2].

وأما آثار عدم قبول الدفع بالتقسيم فهي:

1- يجوز للدائن أن يرفع دعوى على أي كفيل بكامل الدين لاستيفاء حقه منه.

2- يكون الكفلاء مسئولين بالتضامم أمام الدائن وليس بالتضامن، ولكن يرى الباحث أن هذا الرأي محل نظر لأنه يجوز لأي من الكفلاء الرجوع على غيره إذا أدى الدين، لكن في المسئولية التضاممية لا يسمح لأي مدين الرجوع على الآخر كما جاء في قرار محكمة النقض المصرية[3].

---

(1) أبو السعود، رمضان، التامينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 131.

(2) مرقس، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 12-13.

(3) انظر ما ورد سابقاً عند دراسة تمييز الكفالة عن التضامن والتضامم من المبحث الثاني في الفصل الأول.

3-إذا استوفى الدائن حقه من أي كفيل برئت ذمة الباقين ويجوز لأي كفيل أن يرجع على الباقين كل بقدر نصيبه من الدين[1].

الفرع الرابع: الدفع ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من تأمينات

سبق الذكر أن بعضهم اعتبر عقد الكفالة ملزماً للجانبين لأن الدائن يلتزم بالمحافظة على الضمانات التي تضمنت الالتزام الأصلي المكفول، ووضح عندئذ أن هذا القول محل نظر لأن التزام الدائن بالمحافظة على الضمانات ليس من الالتزامات المتقابلة التي تفرضها طبيعة العقد الملزم للجانبين، وإنما هي دفع لانقضاء التزام الكفيل[2]، ويستطيع أن يتمسك به عند مطالبة الدائن له.

فالهدف من هذا الدفع ضمان حق الكفيل في التأمينات المقررة للالتزام الأصلي عند رجوعه على المدين.

ولم تذكر مجلة الأحكام العدلية بشكل مباشر هذا الدفع، ولكن يرى الباحث أنه يجوز للكفيل التمسك به وفق قواعد تشريعية وضعتها المجلة والتي يمكن قياسها على حالة الدفع بعدم اتخاذ إجراءات التنفيذ ضد المدين بعد إنذار الكفيل له والدفع بعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين[3].

فقد جاء في المادة 19 من المجلة " لا ضرر ولا ضرار" فوفقاً لهذه القاعدة لا يجب على الدائن أن يبادر إلى الإضرار بالكفيل بإضاعة التأمينات التي تخص الالتزام المكفول، أولا يبادر التقاعس باتخاذ إجراءات التنفيذ ضد المدين حتى يعسر الأخير فلا يستطيع الكفيل الرجوع عليه، أو أيضاً عدم تقدم الدائن إلى تفليسة المدين للحصول على حقه، لأنه إذا تم إفلاس المدين ولم يأخذ الدائن حقه من التفليس ورجع على الكفيل واخذ منه الدين، لا يستطيع الكفيل الرجوع على المدين وهذا إضرار به.

---

(1) أبو السعود، رمضان، التامينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 131..

(2) للمزيد: ما ورد سابقا عند دراسة خصائص عقد الكفالة منها بأنه عقد ملزم لجانب واحد في التمهيد.

(3) سأدرس هذه الدفوع لاحقاً وسأكتفي بالتطرق في القواعد التشريعية الواردة في مجلة الأحكام العدلية التي تعالج هذه الدفوع في الدفع ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطأ من تأمينات وذلك منعاً للتكرار.

وكذلك ما ورد في المادة 20 من المجلة " الضرر يزال " فإذا تم قبول دفع الكفيل وبإضاعة الدائن التأمينات بخطئه أو عدم اتخاذه إجراءات التنفيذ ضد المدين، أو لم يتقدم في تفليسة المدين، فإن الحكم يكون بإبراء ذمة الكفيل من الكفالة، فيزال الضرر بهذا الحكم.

وما جاءت به أيضاً المادة 58 من المجلة " التصرف على الرعية منوط بالمصلحة ". فوفق هذه المادة إذا وجد القاضي أن هناك ضرراً أصاب الكفيل جراء إضاعة الدائن التأمينات الخاصة بالالتزام الأصلي أو أنه لم يتخذ إجراءات التنفيذ على أموال المدين في الوقت المناسب، أو أنه لم يتقدم في تفليسة المدين فإنه يجوز له (أي للقاضي) رعاية مصلحة الكفيل أن يحكم ببراءة الكفيل من الكفالة.

وكذلك ما ورد في المادة 31 من المجلة " الضرر يدفع بقدر الامكان " فلو قام الدائن بإضاعة التأمينات الخاصة بالدين أو أنه لم يتخذ إجراءات التنفيذ على أموال المدين في الوقت المناسب، أو أنه لم يتقدم في تفليسة المدين فإن الكفيل يتضرر، لذلك فإنه يمكن للكفيل أن يدفع بانقضاء التزامه لإزالة الضرر الذي أصابه.

وأما القانون المدني المصري فقد جاء في المادة 1/784و2، الخاصة بالدفع ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من تأمينات والتي تنص على أنه "1- تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات. 2- ويقصد بالضمانات بهذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة, وكل تأمين مقرر بحكم القانون". فمن خلال هذه المادة نلاحظ أن هناك شروطاً وآثاراً لهذا الدفع وهي:

أولاَ: شروط الدفع ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من تأمينات

الشرط الأول: أن يكون خصص للوفاء بالدين المكفول تأمينا خاصا أياً كان مصدر التأمين الاتفاق: كالرهن الحيازي والرسمي، أو القانون: كحقوق الامتياز، أوحكم القضاء: كحق الاختصاص، أو أياً كان نوعه شخصيا كالكفالة أو عينيا كالرهن، أوأياً كان تاريخ وجوده سواء وجد هذا التأمين قبل انعقاد الكفالة أو بعدها[1].

---

(1) أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 151.

لذلك يخرج من مفهوم هذه المادة الضمان العام, كأن يتراخى الدائن في اتخاذ الإجراءات في مواجهة المدين حتى أعسر[1] وكذلك لا تبرأ ذمة الكفيل إذا منح الدائن أجلاً للمـــدين، إلا إذا ترتب على هذا الأجل سقوط الضمان الخاص كالحق في الحبس المقرر للبائع فهو يسقط إذا منح المدين أجلاً للوفاء بالثمن (المادة 409 مدني مصري)، وتبرأ ذمة الكفيل هنا أمام الـــدائن لأنـــه أضاع الحق في الحبس وليس منح الأجل للمدين، ولا تبرأ ذمة الكفيل إذا لم يستعمل الدائن حقـــه أمام المدين بالدعوى غير المباشرة أو الدعوى البوليصية، ولكن ذلك لا يمنع الكفيـــل أن يســـأل الدائن عن هذه الأفعال التي أضرت به، وذلك طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصـــيرية[2]، لذلك فإنه يجب أن يكون هناك تأمين نشأ فعلا ثم أضاعه الدائن[3]، ولا يشترط وجود التـــأمين الخاص عند وجود الكفالة ولكن قد ينشأ بعد، وهذا هو مقتضى المادة 2/784 مدني مصري.

حسب ما هو مطبق في فلسطين فإه يجوزللبنك(الدائن) التنفيذ على الرهن او على الكفيل الشخصي إذا نشئا معاً ولا يتقيد بالتنفيذ على الرهن أولاً للحصول قيمة القرض.

الشرط الثاني: ضياع التأمين الخاص بخطأ الدائن الشخصي

يجب أن يبذل الدائن في العناية على التأمين الخاص عناية ما يبذلـــه الرجـــل المعتـــاد، ويجب على الكفيل إثبات ضياع التأمين الخاص، نتيجة لعدم سلوك الدائن مسلك الرجل المعتـــاد في المحافظة على التأمين[4].

ويكون الخطأ من الدائن أو خطأ ممن هو مسئول عنهم بضياع التأمين إيجابياً كمـــا لـــو نزل عن تأمين له مثل أن يبرأ أحد الكفلاء أو ينزل عن رهن ترتب لمصلحته، أو ســـلبياً مثـــل: عدم تجديد قيد الرهن أو أن يتأخر في استيفاء حقه عن دائنين كان له أن يتقـــدم علـــيهم[5]. وإذا

---

(1) تنأغو، سمير، التامينات الشخصية، مرجع سابق، ص88.

(2) سعد، نبيل، التامينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص367.

(3) يحيى، عبد الودود، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص58.

(4) مرقس،عقد الكفالة، مرجع سابق، ص73. انظر الطعن مدني مصري 78 لسنة 35ق – جلســة 1969/6/24. س20، وارد في العمروسي– أنور، التضامن والتضامم والكفالة في القانون المدني، مرجع سابق، ص291.

(5) عبد السلام، سعيد، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص244.

الدائن من الأشخاص المحجورين عليهم كالصغير والمجنون والمعتوه والسفيه فللكفيل أن يتمسك تجاههم بإضاعة التأمينات لأنهم يضمنون الخسارة والضرر اللذين نشئا عن فعلهم وهذا مـــا ورد في المادة 960 من المجلة، أما في القانون المدني المصري فتصـــرفاتهم باطلـــة لأنهـــا تضـــر بهم(المادة1/111 والمادة 1/115 مدني مصري).

وقد ورد في المادة 33 من المجلة " الإضطرار لا يبطل حق الغير " فإذا أضاع الـــدائن التأمينات فإما علية إيجاد تامين آخر لضمان حق الكفيل أو أن ينقضي التزام الكفيل تجاه الـــدائن نتيجة ضياع هذا التامين الخاص بالدين، وإذا قام الدائن بإضاعة التأمينات منذ فترة طويلة فـــإن هذا لا يمنع الكفيل من التمسك بحقه بانقضاء التزامه تجاه الدائن وهذا ما نصت عليه المادة 7من المجلة " الضرر لا يكون قديماً ".

وأما إذا ضاعت التأمينات بسبب أجنبي عن الدائن كالقوة القاهرة (المادة 165 والمـــادة 373 مدني مصري) أو خطأ المدين أو خطأ الكفيل فإن الدائن لا يسأل ولا يجوز للكفيل الـــدفع بإضاعة التأمينات، ويستطيع الكفيل التمسك بانقضاء الالتزام حتى لو لم يكن الدائن قاصدا ضياع التأمينات كأن لم يجدد قيد الرهن كما في المثال السابق وهذا ما جاء في المادة92 من المجلـــة " المباشر ضامن وان لم يتعمد ". وإذا كان هناك خطأ مشترك بين الكفيل والدائن فإن المســـؤولية توزع بينهم بقدر نصيب كل منهم في الخطأ (المادة 169 مدني مصري).

الشرط الثالث: حصول ضرر للكفيل نتيجة ضياع التأمينات

ويعتبر الضرر محققاً إذا كان التأمين الذي أضاعه الدائن له قيمة، أما إذا كان غير مفيد أو ليس له قيمة فإن الدفع يكون عديم الجدوى، مثل أن الدائن أبرأ كفيلاً معسراً، إذ إن الرجـــوع عليه(أي الكفيل المعسر) يكون غير مفيد أو أن الدائن نزل عن رهن تالٍ في المرتبـــة لرهـــون أخرى تستغرق قيمة العقار المرهون[1] لذلك حتى تكتمل مسؤولية الدائن يجب حصـــول ضـــرر وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية في القانون المدني المصري (المادة 163 مدني مصري).

---

(1) يحيى، عبد الودود، عقد الكفالة،مرجع سابق، ص59.

الشرط الرابع: أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع وألا يكون متنازلا عنه

إن الدفع بإضاعة التأمينات كباقي الدفوع العامة والخاصة بالكفالة ليست من النظام العام فلا يجوز للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها أذ يتعين على الكفيل أن يتمسك به، ويجوز له أن يتمسك به في أي مرحلة كانت عليه الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ولكن لا يجوز له التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض وذلك لاعتباره دفعاً موضوعياً، أما إذا كان قد تنازل عن هذا الحق مثل اتفاق الكفيل مع الدائن على عدم حلول الكفيل محل الدائن في التأمين الذي أضاعه الدائن لاحقاً بخطئه فلا يجوز له التمسك بهذا الدفع[1].

ثانيا: آثار الدفع بإضاعة التأمينات

إذا تم قبول الدفع ببراءة ذمة الكفيل فإن هذه البراءة تقدر بقيمة التأمين المضيع إلى قيمة الدين المكفول، فإذا كانت قيمة التأمين المضيع مساوية لقيمة الدين فإن الكفيل يبرأ من كل الدين، أما إذا كانت لا تساوي إلا جزءا منه، فإن البراءة لا تكون إلا بهذا الجزء.

وبراءة ذمة الكفيل بإضاعة التأمين الخاص سبب خاص لانقضاء التزام الكفيل استقلالاً عن الالتزام الأصلي الذي يظل المدين ملزماً به[2].

الفرع الخامس: الدفع بعدم اتخاذ الدائن إجراءات التنفيذ ضد المدين بعد إنذار الكفيل له بذلك

الأصل أن المطالبة بالدين حق للدائن وليس واجبا عليه، غير أنه في عقد الكفالة يكون مصلحة للكفيل في حصول الدائن على حقه في الوقت المناسب، وذلك حتى يبرأ الكفيل من الدين إذا أوفى المدين دينه، وكذلك حتى يتمكن الكفيل من الرجوع على المدين قبل أن يعسر الأخير إذا اضطر الكفيل إلى الوفاء بالدين، لذلك يجب حماية الكفيل في جعل الدائن ملزماً باتخاذ إجراءات المطالبة والتنفيذ في الوقت المناسب حتى لا يضر بالكفيل[3].

---

(1) زهران، همام، اتامينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص186.

(2) المرجع السابق، ص186-187.

(3) مرقس، عقد الكفالة، مرجع السابق، ص51-52.

ووفقاً لمجلة الأحكام العدلية يمكن تطبيق القواعد التشريعية العامة في المجلة التي سبق وأن ذكرت عند دراسة الدفع ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من تأمينات[1].

وقد جاء في المادة 785 مدني مصري/1 "لا تبرأ ذمة الكفيل بمجرد أن الدائن تأخر في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها. /2 على أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً".

ويتضح من الفقرة الأولى أنه في الأصل لا تبرأ ذمة الكفيل إذا تأخر في اتخاذ إجراءات التنفيذ ضد المدين، فالمطالبة كما ذكرت سابقاً أنها حق للدائن وليس واجباً عليه. لكن المشرع لم يشأ أن يترك الكفيل ملزماً بالدين طوال فترة الحق في المطالبة به وهي خمسة عشر عاماً، لذلك فليس من العدالة أن تبقى ذمة الكفيل معلقة بهذا الدين طيلة هذه الفترة[2]، لذلك فإن المشرع في الفقرة الثانية وضع حماية للكفيل بأن أعطاه الحق بإنذار الدائن باتخاذ إجراءات ضد المدين لاستيفاء حقه بدعوى قضائية إذا كان سند عرفي بيد الدائن (المادة 281 مرافعات مصري) أو مباشرة التنفيذ على المدين إذا كان بيد الدائن سند رسمي (المادة 2/280مرافعات مصري) [3] أو إيقاع حجز تحفظي على أمواله (المادة 316 مرافعات مصري).

أولا: شروط الدفع بعدم اتخاذ الدائن إجراءات التنفيذ على المدين بعد إنذار الكفيل له

الشرط الأول: حلول أجل الدين

فإذا تم إنذار الدائن قبل حلول أجل الدين فإن هذا الإنذار يكون عديم الجدوى، والعبرة هنا بالأجل الأصلي للدين، ولا عبرة بمد أجل الدين من الدائن للمدين[4] إلا إذا كان قد أجل الدين

---

(1) للمزيد: ما ورد سابقاً عند دراسة الدفع ببراءة الكفيل بقدر ما أضاعه من تأمينات منعا للتكرار.

(2) تناغو، سمير، التامينات الشخصية، مرجع سابق، ص92.

(3) بالنسبة لقانون التنفيذ الفلسطيني رقم 23 لسنة 2005 فقد جاء في المادة 27 " للدائن بدين من النقود (إذا كان دينه حال الأداء ومعين المقدار وثابتا بالكتابة بسند عرفي أو بسند مصدق لدى كاتب العدل أو بورقة من الأوراق التجارية القابلة للتظهير) أن يراجع دائرة التنفيذ لتقوم بتحصيل الدين بعد تقديمه إليها بذلك مقرونا بإيداع سند الدين الأصلي ".

(4) زكي، محمود، دروس في التامينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص89.

بمهلة قضائية (المادة2/346 مدني مصري) لأن الدائن لا يستطيع التنفيذ على مال المدين قبل انقضاء هذه المهلة.

الشرط الثاني: أن يتمسك الكفيل بهذا الحق

فهو ليس من النظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها، ويستطيع الكفيل أن يتنازل عن هذا الحق صراحة أو ضمناً[(1)].

الشرط الثالث: أن يتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات أكثر مما يتأخره الرجل المعقول أو متوسط العناية.

الشرط الرابع: حصول ضرر على الكفيل كأن يصبح المدين معسراً بحيث لا يستطيع الكفيل أن يرجع عليه[(2)].

ثانيا: الآثار المترتبة على الدفع بعدم اتخاذ إجراءات التنفيذ بعد إنذار الكفيل له

1- يجب على الدائن أن يباشر باتخاذ الإجراءات بأن يرفع دعوى على المدين إذا كان بيده سند عرفي، أو أن يباشر التنفيذ إذا كان بيده سند رسمي، وذلك خلال ستة أشهر من تاريخ وصول الإنذار إليه (المادة 2/785 مدني مصري).

2- أن يبذل الدائن في مباشرة الإجراءات عناية الرجل المعتاد، فلا يسعى في إطالة هذه الإجراءات أو أن يهمل فيها وإلا كان مسؤولاً وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية[(3)].

3- إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات خلال ستة شهور تبرأ ذمة الكفيل، وبذلك تنقضي الكفالة بطريق أصلي ويبقى الدين المكفول[(4)].

---

(1) السرحان، عدنان، العقود المسماة في المقاولة، الكفالة، مرجع سابق، ص224.

(2) مرقس، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص54.

(3) أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص163.

(4) السنهوري، الوسيط، ج10، مرجع سابق، ص275.

إلا أنه لا يبرأ الكفيل من الكفالة بمقتضى هذا الدفع إذا قدم المدين له (أي للكفيل) ضمانا كافيا إذا اضطر إلى الوفاء بالدين وتفصل محكمة الموضوع في مدى كفاية هذا الضمان إذا ثار نزاع بين الطرفين بشأن كفايته[1].

الفرع السادس: الدفع بعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين

إذا أفلس المدين فإنه يجب على الدائن أن يتقدم في تفليسة المدين للحصول على حقه، و إلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل نتيجة ما ترتب على تراخيه من ضرر على الكفيل[2].

ووفقاً لمجلة الأحكام العدلية يمكن تطبيق القواعد التشريعية العامة في المجلة التي سبق ذكرها عند دراسة الدفع ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من تأمينات.

وقد جاء في المادة 786 مدني مصري ما يوضح هذا الدفع فنصت على أنه "إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم في التفليسة بالدين، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن"[3].

أولاَ: شروط الدفع بعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين:

الشرط الأول: أن المدين أفلس ولم يحل أجل الدين ذلك لأنه بمجرد الحكم بإشهار الإعسار فإن الديون المؤجلة تحل (المادة 1/255 مدني مصري).

الشرط الثاني: أن الدائن لم يتقدم في تفليسة المدين على نحو أضر بالكفيل

---

(1) زكي، محمود، دروس في التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص90.أنظر المادة 7 19 من المجلة التي تنص" يجوز أن يعطي المكفول عنه رهناً لكفيله ".

(2) الزحيلي، وهبة،العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص322.

(3) الطعن مدني مصري رقم 647 لسنة 58, جلسة 1995/1/16 واردCD في مكتبة أحكام المحاكم العربية العليا، مرجع سابق.

الشرط الثالث: أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع فهو ليس من النظام العام، ولا يجوز للمحكمة أن تحكم به تلقاء نفسها، وأن لا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه بهذا الدفع[1].

ثانياَ: آثار الدفع بعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين:

يترتب على تمسك الكفيل بهذا الدفع وحكم المحكمة به أن تبرأ ذمة الكفيل نسبياً أو جزئياً بالقدر الذي أصابه من ضرر لو أن الدائن تقدم في التفليسة[2].

ويرى الباحث أن نص المادة 790 التي تحدثت عن إرشاد الكفيل للدائن على أموال المدين للحصول على الدين في الوقت المناسب حتى لا يعسر المدين فهو لم يعسر فعلاً فهذه المادة تعالج حالة توقع إعسار المدين، أما المادة 786 فهي تعالج حالة إعسار المدين بالفعل التي قمت بقياسها على حالة إفلاس المدين.

ولذلك أقترح على المشرع الفلسطيني إضافة إعسار المدين إلى المادة 923 من المشروع التي تناولت إفلاس المدين فقط (تطابق المادة 786 مدني مصري).

المطلب الثالث: واجبات الدائن عند استيفاء دينه من الكفيل

يقوم الكفيل بالوفاء اختياراً أو جبراً إذا طالبة الدائن بذلك ولم يكن له (أي الكفيل) أي دفع من الدفوع السالفة الذكر ويستطيع الكفيل الرجوع إلى المدين بالمبلغ الذي وفاه[3]، لذلك فإن القانون يفرض على الدائن بعض الالتزامات التي تمكن الكفيل من الرجوع على المدين، وإلا امتنع الكفيل عن الوفاء له.

وفقاَ لمجلة الأحكام العدلية فإنه يمكن تطبيق القواعد التشريعية (19، 20، 58،31 من المجلة) السالفة الذكر (التي تم تطبيقها على الفرع الرابع والفرع الخامس والفرع السادس) على واجبات الدائن عند استيفاء دينه من الكفيل.

---

(1) السرحان، عدنان، العقود المسماة في المقاولة، الكفالة، مرجع سابق، ص225.

(2) الطعن مدني مصري رقم 281 لسنة -23ق- جلسة 1958/2/6 س9 وارد في العمروسي، أنور، اتضامن والتضامم والكفالة في القانون المدني، مرجع سابق، ص289.

(3) كما سنرى لاحقاً عند دراسة علاقة الكفيل بالمدين.

أما القانون المدني المصري فقد ورد في المادة 1/787و2 مـا يوجـب علـى الـدائن التزاماتٍ معينة عند وفاء الكفيل الدين وهي:

الفرع الأول: الالتزام بتسليم المستندات

تنص المادة 1/787 مدني مصري على أنه "يلتزم الدائن بأن يسلم الكفيل وقـت وفائـه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع "، والمقصود بالمستندات هنا مستندات الدين المكفول وكذلك مخالصة بما أوفاه الكفيل[1]، فإذا لم يلتزم الدائن بذلك فإنه يحق للكفيل الامتنـاع عن الوفاء وأن يقوم بالإيداع القضائي لمبلغ الدين المكفول (المادة 2/349 مدني مصري).

الفرع الثاني: الالتزام بنقل التأمينات

تنص المادة 2/787 مدني مصري على الآتي "فإذا كان الدين مضمونا بمنقول مرهـون أو محبوس، وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل.

3/ إما إذا كان الدين مضموناً بتأمين عقاري فإن الدائن يلتـزم أن يقـوم بـالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين، ويتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها على المدين".

وإذا لم يقم الدائن بنقل التأمين فإنه يحق للكفيل أن يمتنع عن الوفاء وإيداع المبلغ قضائياً أيضاً (المادة 2/349مدني مصري).

---

(1) أبو السعود، رمضان، التامينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص186.

المبحث الثالث

النتائج المترتبة على تنفيذ عقد الكفالة

تمت الإشارة إلى أن المدين ليس طرفاً في عقد الكفالة لذلك فعلاقته مستقلة مع كلٍ مـــن الكفيل، و الدائن، ولذا فإن انعقاد الكفالة بين الدائن والكفيل لا يرتب أي أثر عليه، ولكن بعد تنفيذ الكفيل التزامه لعقد الكفالة فإنه يرجع على المدين بما أداه من الدين، وسيكون ذلك في المطلـــب الأول.

وكذلك علاقة الكفيل بغيره من الكفلاء علاقة مستقلة عن علاقة الكفيـــل بالـــدائن (عقـــد الكفالة) فيجوز للكفيل الرجوع على باقي الكفلاء الآخرين بعد تنفيذ عقد الكفالة وسأتناول ذلك في المطلب الثاني.

المطلب الأول: علاقة الكفيل بالمدين

إذا كانت نية الكفيل التبرع فإنه لا يرجع على المدين سواءاً كانت الكفالة بإذنه أم بغيـــر إذنه[1].

أما إذا كانت الكفالة بنية الرجوع على المدين بما أدى بموجب الكفالة فهنـــاك اخـــتلاف وفق فروض الأداء:

الفرض الأول: أن تكون الكفالة بأمر المدين والأداء بأمره، وقد كان هناك رأيان:ـ

الرأي الأول: رأي الشافعية[2] وهو يجيز الرجوع على المدين بما أداه سواء اشتمل لفظه اكفـــل عني أو لم يشتمل على لفظ عني.

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، مرجع سابق، ص13. ابن قدامة، عبد الله بن احمد بن قدامه، **المغني**، د, ط، الريـــاض مكتبة الرياض الحديثة، 1981، ص86.

(2) المارودي, ابي الحسن, **الحاوي الكبير**, ج8, دار الفكر، 1994، ص114

الرأي الثاني: رأي الإمام أبي حنيفة [1] وهو أنه لا يحق للكفيل الرجوع علـــى الأصـــيل، إلا إذا اشتمل الأمر على لفظ اكفل عني، فإذا قال المدين للكفيل اضمن الألف التي لفلان علي، لم يرجع الكفيل على المدين، لأن المدين يكون قصد طلب التبرع، وليس في التبرع رجوع عليه.

ويرى الباحث أن الرأي الثاني في اشتراط اللفظ هو الأقرب للصواب حتى يمكن تطبيق أحكام الكفالة على علاقة الكفيل بالمدين فيمكن أن تكون طبيعة العلاقة حوالـــة أو وكالـــة أو أن يكون الشخص رسولاً بأداء الثمن، وعليه تطبق هذه الأحكام القانونية الخاصـــة بهـــذه العلاقـــة وسنلاحظ أهمية ذلك في الفرض الثالث أيضاً.

الفرض الثاني: أن تكون الكفالة و الأداء دون أمر المدين وللفقهاء في هذا الفرض رأيان:

الرأي الأول: رأي المالكية[2] وفيه أنه يجوز للكفيل الرجوع على المدين بما أدى ســـواء كانـــت الكفالة بأمره أو بغير أمره.

الرأي الثاني: رأي الحنفية والشافعية[3] وفيه لا يجوز للكفيل الرجوع على المدين بعد أداء الدين في هذا الفرض، لأنه متبرع بكفالته، وإذا افترض رجوع الكفيل على المدين فإنه أي الكفيل يثبت دين في ذمة المدين بغير رضاه وهذا لا يجوز ويرجح الباحث هذا الرأي.

الفرض الثالث: الكفالة دون أمر المدين والأداء بأمره، وهناك رأيان:

الرأي الأول: رأي الحنفية[4] ويرون أنه يجوز للكفيل الرجوع على المدين في هذه الحالة، وذلك لأن الكفيل أدى الدين بأمره فيحق الرجوع عليه كما لو لم يكن ضامناً وضمنه بإذنه.

الرأي الثاني: رأي الشافعية[5] وفيه اختلاف حسب لفظ الأمر بالأداء، فإذا أدى المدين ما ضمنته دون أن يقول عني فلا يرجع الكفيل على المدين، أما إذا قال أدى عني فإنه يرجع عليه.

---

(1) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، مرجع سابق، ص816.

(2) عرفة, محمد، حاشية الدسوقي على الشرح الصغير, ج3، مرجع سابق, ص334.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، مرجع سابق، ص13.الشربيني، مغني المحتاج، ج2، مرجع سابق، ص272.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، مرجع سابق، ص13.

(5) الماردوي, ابي الحسن, الحاوي الكبير, ج8, مرجع سابق، ص115.

وقد جاء في المادة 1506 من المجلة "إذا أمر واحد غيره بأداء دين عليه لرجل أو بيت المال وأداه المأمور من ماله، فإنه يرجع بذلك على الآمر شرط الآمر رجوعه أو لم يشترط. يعني سواء شرط الآمر رجوع المأمور بأن قال له مثلاً: أدِ ديني على أن أؤديه لك بعد. أو أوف ديني وبعده خذه مني أو لم يشترط ذلك بأن قال فقط أد ديني".

ويرى الباحث أن طبيعة العلاقة بين الكفيل والمدين هي التي تحدد طبيعة هذا الرجوع هل هو كفالة أو وكالة أو حوالة...فإذا وجد لفظ يدل على أن طبيعة العلاقة كفالة نطبق أحكام الكفالة، وإذا وجد أن هناك لفظاً يدل على حوالة نطبق أحكام الحوالة وهكذا...

الفرض الرابع: أن تكون الكفالة بأمر المدين والأداء بغير أمره. وفي هذا الفرض رأيان:

الرأي الأول: رأي الحنفية والمالكية والشافعية[1] ويجيز هذا الرأي للكفيل الرجوع على المدين بما أداه وذلك لأن الالتزام بالضمان مستحق بمجرد الموافقة على العقد والضمان يقتضي الأداء وبناء على ذلك فإنه إذا أمر بالكفالة (الضمان) فإنه لا يحتاج إلى أمر جديد من المدين بالأداء.

الرأي الثاني: رأي الشافعية[2] ويفيد هذا الرأي أن الكفيل إذا أدى بدون إذن الأصيل ليس له حق الرجوع بما أداه لأن الظاهر أنه يقصد بالكفالة في هذه الحالة إلى التوثيق بالضمان.

ويرى الباحث أنه يجب التفرقة بين وضعين في الفرض الرابع[3]:

الوضع الأول: إذا أراد الكفيل أداء الدين بمحض أرادته دون طلب المدين منه ذلك، فإذا لم يستأذن مع إمكانية الاستئذان بوجود المدين، فيعني ذلك قيام قرينه على أنه أراد التبرع، ولكن لو كان المدين موجوداً واستأذن منه فذلك دليل وقرينه على إنه أراد الرجوع عليه بعد الأداء.

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، مرجع سابق، ص14. السيواسي، كمال الدين، شرح فتح القدير على الهداية، ج7،مرجع سابق، ص188. سطرجي، محمود وآخرون: الحاوي الكبير، ج8، ص115.

(2) عرفة, محمد, الحاوي الكبير, ج8, ص115,

(3) المعنى ذاته: البغى، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ج4، مرجع سابق، ص171–172.

الوضع الثاني: إذا أراد الكفيل أداء الدين بطلب من الدائن ذلك[1] وهنا لا تظهر أهمية لإذن المدين بأداء الدين لأن الكفيل ملزم بذلك إمام الدائن وفي هذا الوضع تظهر أهمية الرأي الأول لأن المدين عندما أعطى بإذنه الكفالة، فإن الكفيل يصبح ملزما أمام الدائن، وعليه يحق له الرجوع على المدين بعد أداء الدين لأن المدين هو الذي أمر الكفيل بالالتزام بالكفالة الذي يجب عليه الالتزام أمام الدائن ثم رجوع الكفيل على المدين، فإذن المدين في هذا الوضع ليس له أهمية ما دامت الكفالة تمت بأمره فأصبح للدائن حق في مطالبة الكفيل، فمراحل هذا الوضع ثلاث وهي الأمر بالكفالة ثم التزام الكفيل أمام الدائن ثم رجوع الكفيل على المدين لذلك لا أرى أهمية لإذن المدين في ذلك.

وفيما يتعلق بمجلة الأحكام العدلية فقد جاء في المادة 657 على أنه " لو قال احد لآخر اكفلني عن ديني الذي هو لفلان فبعد أن كفل وأدى عوضا بدل الدين بحسب كفالته لو أراد الرجوع على الأصيل يرجع بالشيء الذي كفله ولا اعتبار للمؤدى.......".

يتضح من المادة السابقة أن المجلة أخذت برأي أبي حنيفة ومحمد الذي يشترط الأمر مع لفظ عني حتى يمكن للكفيل الرجوع على المدين، ويترتب على ذلك:ــ

1 ــ إذا أدى الكفيل الدين بعد أن أداه المدين، ولم يكن يعلم الكفيل بأداء المدين الدين، فإن الكفيل يسترد المبلغ من الدائن وليس من المدين.

2 ــ إذا لم يؤد الكفيل الدين ليس له أن يرجع على المدين وأن كان كفيلا بالأمر، لأن الكفيل يملك الدين بعد أدائه وليس قبل ذلك.

والأمر بتأدية الثمن إما أن يكون حقيقياً وإما حكمياً:

أ- الأمر الحقيقي: ويكون بشكل مباشر مثل قول المدين للكفيل اكفلني عن ديني الذي لفلان.

ب- الأمر الحكمي: مثل إذا أنكر الكفيل الكفالة، واثبت الدائن أنه كفيل بأمر المدين، فأدى الكفيل الدين، فله الرجوع على المدين بعد الأداء، لأنه ان كان في طلب الرجوع بعد إنكار

---

(1) فكما سبق فأنه يجوز للدائن مطالبة الكفيل أو المدين أو مطالبتهما معاً وفق المادة 644 من المجلة.

الكفيل الكفالة بالأمر تناقض فقد عفى عن هذا التناقض، أما إذا كذب الكفيل الشهود وأنكر كفالته بالأمر بعد الحكم عليه فليس له الرجوع على المدين لأن إنكاره إبراء له[1].

وأما القانون المدني المصري فقد جاء في المادة 1/80 " للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه "، ورجوع الكفيل وفق نص هذه المادة ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة في المادة 1/324 التي تنص على أنه " إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بعد ما دفعه، فالكفالة تقع صحيحة ولو لم يعلم بها المدين فسيان أن كان راضياً بها أم غير راضٍ[2].

ولكن المشرع المصري قيد حق الكفيل في الرجوع على المدين وذلك بإخطار الأخير بأنه (أي الكفيل) يريد أن يقوم بوفاء الدين لأنه يمكن أن يكون للمدين أسباب لاعتراضه على وفاء الكفيل للدين (المادة 1/798) مدني مصري، ويستطيع الكفيل أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية أو دعوى الحلول.

الفرع الأول: الدعوى الشخصية

وهي رجوع الكفيل على المدين بعد وفاء الدين سواء عقدت الكفالة بعلمه(علم المدين)أو بغير علمه[3]، وسأبحث فيها الطبيعة القانونية وشروطها ثم أثر قبول هذه الدعوى.

أولا: الطبيعة القانونية للدعوى الشخصية

هناك اتجاهان في تقرير الطبيعة القانونية للدعوى الشخصية:

الإتجاه الأول: وهو من الفقه الفرنسي: ويرى هذا الاتجاه أن أساس الدعوى الشخصية هي دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة، فإذا عقدت الكفالة برضا المدين وبعلمه ودون معارضته

---

(1) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، مرجع سابق، ص816- 818.

(2) الطعن مدني مصري رقم 3 جلسة 1933/5/4، وارد في CD مكتبة أحكام المحاكم العربية العليا، مرجع سابق.

(3) (الملحق الرابع) نموذج صيغة دعوى شخصية، ص203.

فيكون للكفيل الرجوع عليه (على المدين) بدعوى الوكالة[1] أما إذا عقــدت دون علــم المــدين وبمعارضته فإنه يكون للكفيل الرجوع على المدين بدعوى الفضالة[2].

أما الإتجاه الثاني: وهو من الفقه المصري[3]، فيرى أن أساس الدعوى الشخصية التي يرجع بها الكفيل على المدين إذا عقدت الكفالة بعلم المدين ودون معارضته أو عقدت بغير علمــه ليســت دعوى وكالة أو فضالة، بل هي دعوى كفالة مصدرها القانون مســتقلة عــن دعــوى الوكالــة والفضالة، وذلك لفروق أوردها شراح القانون المدني بين الدعوى الشخصية من جهة ودعــوى الوكالة والفضالة من جهة أخرى وهي إذا تم افتراض أن علاقة الكفيل بالمدين علاقــة وكالــة بالوفاء فإن ذلك يقتضي الحق في عزل الوكيل من الوكالة (المادة 1521 من المجلــة والمــادة 1/715مدني مصري) أو نزول الوكيل عــن الوكالــة (المــادة 1522 مــن المجلــة والمــادة 1/716مدني مصري) غير أن هذا غير مقبول بالكفالة لأنه متى تم انعقاد الكفالة فإن المــدين لا يستطيع عزل الكفيل أو إقالته ولا يستطيع كذلك أن يقيل الكفيل نفسه لأنه ملتــزم أمــام الــدائن بموجب عقد الكفالة وهذا ما جاء في المادة 640 من المجلة التي تنص على أنه " ليس للكفيل أن يخرج نفسه من الكفالة بعد انعقادها ولكن له ذلك قبل ترتب الدين في ذمة المدين فــي الكفالــة المعلقة والمضافة....".

وكذلك لا يمكن القول إن علاقة الكفيل بالمدين في مسألة الرجوع علاقــة فضـــالة لأن الفضالة تقتضي أن يقوم الفضولي بعمل لغيره دون أن يكون ملزما بذلك وأن يكون هذا العمــل عاجلا وأن لا يحتمل التأخير، إلا أن التزام الكفيل بالكفالة أمام الدائن يكون بناء على عقد بينهما يحدد فيه الكفيل التزامه الذي يجب عليه الوفاء به، ويندر أن يقوم الكفيل بالكفالة فــي ظــروف الضرورة والاستعجال التي تجعل منه صفة الفضالة[4].

---

(1) تناغو سمير،التامينات الشخصية، مرجع سابق، ص106.

(2) ذهني بك، عبد السلام، في التأمينات، مرجع سابق، ص21.

(3) الشهاوي، قدري، أحكام عقد الكفالة- التضامن- التضامم، مرجع سابق، ص172.

(4) السنهوري، الوسيط، ج10، مرجع سابق، ص163.

وإذا اعتبر الكفيل فضولياً فإن حقه يتقادم بمرور ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه كل طرف بحقه(المادة 197 مدني مصري).

ويرى الباحث أن رأي الفقه المصري الحديث أقرب للصواب وذلك للحجج التي أوردها في أهمية التفرقة بين الدعوى الشخصية ودعوى الوكالة والفضالة، لذلك فإنني أجد أن الدعوى الشخصية ما هي إلا جزء من القواعد العامة في دعوى الإثراء بلا سبب، فبالإضافة إلى قبض غير المستحق ودعوى الفضالة الواردات تحت باب الإثراء بلا سبب يوجد الدعوى الشخصية الواردة في الكفالة[1].

ثانياً: شروط الدعوى الشخصية

تتمثل هذه الشروط في أن يضيف المدين الضمان (الكفالة) إلى نفسه عند أمره الكفيل أن يكفل عنه ووفاء الكفيل دين المدين عند حلول أجله وأن لا تكون الكفالة عقدت بمعارضة المدين.

الشرط الأول: أن يضيف المدين الضمان (الكفالة) إلى نفسه عند أمره الكفيل أن يكفل عنه بأن يقول اكفل عني ديني(المادة 657 من المجلة) ولم يذكر هذا الشرط القانون المدني المصري وشراحه.

الشرط الثاني: وفاء الكفيل دين المدين عند حلول أجله

حتى يستطيع الكفيل الرجوع على المدين يجب عليه (الكفيل) أن يؤدي المدين حتى يتملك الدين[2] وهذا الشرط بديهي، وقد جاء في المادة 1/800 مدني مصري "للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين...." ويكون هذا الوفاء نقداً أو ما يقوم مقام الوفاء كالمقاصة أو التجديد أو الإنابة الكاملة أو اتحاد الذمة[3] أما إذا انقضى التزام الكفيل استقلالا عن الالتزام

---

(1) ويرى الدكتور السنهوري، الوسيط، ج10، ص166.والشهاوي، قدري، أحكام عقد الكفالة- التضامن- التضامم ص173.أنه ليس للتفرقة بين الكفالة كدعوى مستقلة وبين دعوى الوكالة والفضالة أهمية عملية.

(2) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، مرجع سابق، ص816. زيدان عبد الكريم، الكفالة والحوالة في الفقه المقارن، مرجع سابق، ص 305.

(3) عبد السلام، سعيد، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص126.

الأصلي مثل الإبراء أو التقادم دون أن تبرأ ذمة المدين من الالتزام فلا يستطيع الكفيل الرجـــوع عليه[1].

ويوفي الكفيل الدين إذا كان متضامناً مع المدين أو إذا لم يدفع بالتجريد أو إذا دفع ولكن فشل في ذلك[2].

ويجوز للكفيل أن يوفي وفاءً جزئياً إذا قبل الدائن ذلك وفي هذه الحالة يستطيع أن يرجع الكفيل بالقدر الموفي[3]على المدين بنفس الوقت الذي يرجع فيه الدائن بالجزء الآخــر ويتقاســم كلاهما (الكفيل والدائن) أموال المدين قسمة غرماء ولا يتقدم الدائن على الكفيــل[4] إلا إذا كـــان دين الدائن مضموناً بتأمين خاص[5].

وللكفيل الرجوع على المدين إذا وفى الدين في الأجل المحدد له، ولكن إذا وفـــى الـــدين قبل حلول الأجل لا يستطيع الرجوع على المدين إلا عند حلول أجل الدين[6].

والعبرة بالأجل الأصلي للدين فإذا امتد باتفاق الدائن والمدين، أو بقرار من المحكمة فإنه يجوز للكفيل أن يفي بالدين ثم الرجوع على الكفيل[7].

الشرط الثالث: أن لا تكون الكفالة عقدت بمعارضة المدين

ذُكر سابقاً أن مجلة الأحكام العدلية لم تشترط فقط عدم معارضة المدين للرجوع عليـــه بالدين بل اشترطت أيضاً أن تتم الكفالة بأمره كما جاء في المادة 657 من المجلة "لو قال أحـــد

---

(1) همام، زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص203.

(2) الشهاوي، قدري، أحكام عقد الكفالة- التضامن- التضامم، مرجع سابق، ص173.

(3) الطعن مدني مصري رقم 32، جلسة 1967/11/21، وارد في CD مكتبة أحكام المحاكم العربية العليا، مرجع سابق.

(4) زكي، محمود، دروس في التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، 111.

(5) مرسي، محمد، العقود المسماة، مرجع سابق، ص111.

للمزيد: قرار النقض الفلسطينية رقم 103 جلسة 2004/7/4التي أعطت لأصحاب الديون الممتازة(مثل الـــدين المضـــمون برهن) الأولوية عند توزيع الديون حسب المادة 107من قانون الإجراء رقم 31 لسنة 1952، وارد في CD الخاص بنقابة المحامين 2006.

(6) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الاحكام، المجلد الأول، مرجع سابق، ص819.

(7) أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص194.

لآخر اكفلني عن ديني....." فالفعل اكفلني يعني أن المدين أمر الكفيل بكفالته عن دينه، فبعد أن كفله وأدى الكفيل الدين فله أي الكفيل الرجوع على المدين لذلك لو أراد الكفيل كفالة المدين ورفض الأخير هذه الكفالة واعترض عليها فلا يستطيع الكفيل الرجوع على المدين، لأن أداء الكفيل للكفالة دون أمر واعتراض المدين هو تبرع لذا لا يجوز له الرجوع عليه.

ويشترط أن يكون الأمر من المدين بإذن صحيح مما يجوز إقراره، فلو كان (المدين) صبياً محجوراً عليه أو مجنوناً فلا يرجع الكفيل عليه[1] وهنا تظهر أهمية المكفول عنه ورضاه بالرغم من الحديث سابقاً أنه لا يشترط رضا المدين لانعقاد الكفالة.

وقد جاء في المادة 2/324 مدني مصري أنه يجوز للمدين الاعتراض على وفاء غيره لدينه إذا وجدت أسباب جدية لهذا الاعتراض مثل وجود أسباب لانقضاء الدين أو بطلانه..... ويجب على الكفيل إخطار المدين حتى يتمكن الأخير من الاعتراض، وهذا ما جاءت به المادة 1/798 مدني مصري التي تنص " يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين، وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين أو بانقضائه"، ويجب على المدين الرد على الاعتراض في الوقت المناسب[2] وإذا لم توجد أسباب جدية للاعتراض فإنه يحق للكفيل الرجوع على المدين بما أداه (المادة798 /2 مدني مصري).

وإذا لم يقم الكفيل بإخطار المدين بالوفاء سقط حقه (الكفيل) بالرجوع على المدين، لأن الإخطار قبل الوفاء واجب قانوني بنص المادة 1/798 مدني مصري "يجب على الكفيل أن يخطر المدين....".

ولاعتراض المدين أو عدم اعتراضه على الوفاء بالدين أهمية عملية في الرجوع، فلو تم الوفاء باعتراض المدين فإن الكفيل يرجع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب أو بدعوى الحلول،

(1) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الاحكام، المجلد الأول، مرجع سابق، ص818. الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، مرجع سابق، ص13.

(2) تناغو، سمير، التامينات الشخصية، مرجع سابق، ص109- 110.

فيرجع عليه (على المدين) بما دفع من الدين (المادة 179 مدني مصري) ولكن لا يرجع عليه بالمصروفات وكذلك يرجع بالفوائد من وقت المطالبة القضائية طبقاً للقواعد العامة وليس من وقت الدفع (المادة 226 مدني مصري).

وأما إذا عقدت الكفالة دون اعتراض المدين صراحة وضمناً فإن الكفيل يرجع عليه مقدار ما دفع وكذلك المصروفات والفوائد احتساباً من وقت الدفع كما في المادة 2/800و3 مدني مصري، وهذا هو مضمون ما يرجع به الكفيل على المدين في الدعوى الشخصية كما سنرى لاحقاً.

ثالثاً: ـ آثار الرجوع بالدعوى الشخصية (أو بماذا يرجع الكفيل على المدين ؟)

متى أوفى الكفيل الدين للدائن، ورجع على المدين بالدعوى الشخصية وتم قبول هذه الدعوى بتوافر شروطها فإنه يرجع عليه بأصل الدين و الفوائد والمصروفات والتعويض التكميلي.

1- أصل الدين

يرجع الكفيل على المدين بما كفله، حيث جاء في المادة 657 من المجلة ".. لو أراد الرجوع على الأصيل يرجع بالشيء الذي كفله ولا اعتبار للمؤدي....." وبمفهوم المخالفة إذا أدى الكفيل شيئاً غير المكفول به فليس للكفيل الرجوع على المدين به، لأن الكفيل بحكم الكفالة مالكاً للدين بعد أدائه كالدائن الأصلي مثال: إذا كفل الكفيل المدين بألف رجع عليه بهذا المقدار، أما إذا كفله بألف دينار من الذهب وأدى بالدينار الفضي فإنه في هذه الحالة يرجع بالألف دينار الذهبي وليس بالدينار الفضي[1].

وإذا صالح الكفيل على جزء من الدين فإنه يرجع على المدين بما أدى (أي بما صالح) وليس بما كفل(أي بكامل الدين)، مثل إذا كان الدين ألف دينار وصالح الكفيل الدائن على خمسمائة وأدى خمسمائة فإن الكفيل يرجع على المدين بالخمسمائة التي أداها وليس بالمبلغ

---

(1) زيدان، عبد الكريم، الكفالة والحوالة في الفقه المقارن، مرجع سابق، ص305.

الأصلي للدائن (1000 دينار) لأن في الصلح إبراءً وإسقاطاً للدين عن المدين والكفيل، فيكــون الكفيل بذلك قد أدى نصف الدين (إبراء واستيفاء وهو بذلك يملك الدين ويجوز له الرجوع على المدين إذا كانت الكفالة بأمره)، أما النصف الآخر فقد صالح عليه الكفيل إبراء إسقاط ولا يجوز الرجوع على المدين فيه لأن الساقط لا يعود (المادة 51 من المجلة)، وهذا ما جاءت به المــادة 1552من المجلة " إذا صالح أحد عن دينه الذي هو في ذمة الآخر على مقدار منه يكــون قــد استوفى بعض دينه واسقط الباقي أي إبراء ذمة المدين من الباقي ".

وقد جاء في المادة 2/800 مدني مصري" ويرجــع الكفيــل بأصــل الــدين وبالفوائــد والمصروفات...".

2- الفوائد

لم تأتِ المجلة ببيان نسبة الفوائد وتركت ذلك لنظام المرابحة العثماني الذي حدد ســعر الفائدة ب9%في المادة الأولى من النظام(1) ولا يجوزالرجوع على المدين بقيمة الجــزء الــذي صالح به الكفيل من الدين، فعند الرجوع لا يجوز أن يكون أكثر من هذا الجزء المتصــالح فيــه وإلا اعتبر ربا(2).

أما في القانون المدني المصري فقد جاء في المادة 3/800 " ويكون للكفيل الحــق فــي الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع " فبالإضافة إلى الفوائد الاتفاقية التــي يرجع بها الكفيل على المدين، فإنه يرجع بالفوائد القانونية من يوم دفع الكفيل الدين للدائن، وهذا خروج عن القواعد العامة في المادة 226 مدني مصري التي تحسب الفوائد القانونية مــن يــوم المطالبة القضائية(3).

---

(1) للمزيد: ما ورد سابقا عند دراسة سعر الفائدة عند دراسة الأهمية العملية للتفرقة بين الكفالة المدنية والتجارية في المبحث الأول من الفصل الأول.

(2) الزحيلي، وهبة، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المــدني الاردنــي، مرجــع ســابق، ص325.

(3) وقد ورد استثناء في حساب الفوائد القانونية من يوم المطالبة مثل ما جاء في المــادة 710مــدني مصــري الخاصــة بالوكالة التي تحسب الفوائد من وقت الاتفاق، كذلك ما جاء في المادة 195 مدني مصري الخاصة بالفضالة والتي تحســب الفوائد من يوم الدفع.

3- المصروفات

وهي تتضمن كل ما أنفقه الدائن في الإجراءات التي اتخذها ضد الكفيل والتي اضطر الأخير إلى دفعها.

فأما مجلة الأحكام العدلية ففيها يتحمل المدين المصروفات التي اضطر الكفيل إلى دفعها يمكن قياسه على نص المادة 641 من المجلة التي تنص على أنه " من كان كفيلاً برد المال المغصوب أو المستعار وتسليمهما، فإذا سلمهما إلى صاحبهما يرجع بأجرة نقلهما على الغاصب والمستعير أي يأخذها منهما ".

أما في القانون المدني والمصري فلا يلزم المدين بهذه المصروفات إلا بعد إخطار الكفيل له بهذه الإجراءات لأن المدين قد يرغب بالوفاء لتجنب هذه المصروفات (المادة 1/798و2 مدني مصري) وتشمل كذلك المصروفات مصروفات المطالبة الأولى في رفع الدائن الدعوى على الكفيل لأن هذه المصروفات تنفق قبل أن يصل أي إجراء إلى الكفيل يوجب عليه إخطار المدين[1].

4- التعويض التكميلي

وهو تعويض يرجع به الكفيل على المدين نتيجة ضرر أصابه من جراء الوفاء بالتزامه، إذ يستطيع الكفيل الرجوع على المدين بما إصابة من ضرر نتيجة وفائه بالكفالة وفقاً للقواعد التشريعية الواردة في مجلة الأحكام العدلية مثل نص المادة87 " الغرم بالغنم"بمعنى أن الخسارة والضرر الذي يحصل من الشيء يتحمله من يستفيد منه, وكذلك نص المادة 19 " لا ضرر ولا ضرار". وكذلك المادة20" الضرر يزال".

ولم تشر المادة 2/800 مدني مصري إلى التعويض عندما نصت على الأمور التي يرجع بها الكفيل على المدين، ولكن تركت ذلك للقواعد العامة في 231 مدني مصري التي تنص على أنه " يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد إذا اثبت أن الضرر

(1) يحيى، عبد الودود، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص78.

يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية ". ومثال الضرر الذي قد يصيب الدائن من الوفــاء بالدين بدلاً من المدين إذا بيعت أمواله (أموال الكفيل) بثمن قليل لسداد دين المدين[1].

الفرع الثاني: دعوى الحلول

ويمكن تعريف هذه الدعوى بأن للكفيل الذي أوفى جميع الدين أن يحل محل الدائن فـــي جميع الحقوق التي له تجاه المدين.

ويرى الباحث أن دعوى الحلول تجد تطبيقها في القانون المدني المصري على الكفالـــة عند وجود معارضة من المدين لوفاء الكفيل بالدين، ولكن لا يجوز ذلك بالنسبة لمجلة الأحكـــام العدلية التي تعتبر أن أداء الكفيل للكفالة دون أمر المدين أو معارضته فهي تبرع لذا لا يجـــوز للكفيل الرجوع على المدين، وكذلك فإنه يشترط في دعوى الحلول أن يكون الوفاء بالدين كـــاملاً سواء من المدين والكفيل أو الكفيل وغيره، ولكن وفق مجلة الأحكام العدلية يجوز الوفاء بجـــزء من الدين أو التصالح به.

أما القانون المدني المصري فقد ميز بين الدعوى الشخصية ودعوى الحلـــول، ووضــــع لكل منها شروطاً معينة وآثاراً، وقد سبق وتناولت شروط الدعوى الشخصية وآثارها أما دعوى الحلول فشروطها وآثارها هي:

أولاً: شروط دعوى الحلول

تتمثل هذه الشروط في أن يقوم الكفيل بوفاء الدين كاملاً وحلول أجل الدين.

الشرط الأول: أن يقوم الكفيل بوفاء الدين كاملاً

يتم الوفاء نقداً أو بما يعادل الوفاء كالمقاصة أو التجديد.... [2] والســـبب فـــي اشـــتراط المشرع أنه يتم وفاء الدين كاملاً هو أن لا يضار الدائن مـــن حلـــول الكفيـــل محلـــه (المـــادة 1/330مدني مصري).

---

(1) عبد السلام، سعيد، الوجيز في التامينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص133.

(2) ما ذكر سابقا عن هذا الشرط عند دراسة شروط الدعوى الشخصية يذكر هنا.

ويدخل ضمن هذا الشرط عدة فروض لوفاء الكفيل:

الفرض الأول: أن يوفي الكفيل الدين كاملاً، فهنا يحل الكفيل محل الدائن في الحقوق وهذا مفهوم المادة 1/799مدني مصري[1].

الفرض الثاني: أن يوفي الكفيل جزءاً من الدين ويوفي المدين الجزء الباقي فيحق للكفيل الرجوع على المدين بدعوى الحلول، وقد يكون المدين رهن عقاراً لدينه على الدائن، وكان العقار لا يفي بكل الدين وليس له أي المدين أموال أخرى، وتقدم الدائن لاستيفاء حقه، وتقدم الكفيل بدعوى الحلول لاستيفاء حقه في الجزء الذي أوفاه[2] ويرى الفقه الغالب[3] أن يتقدم الدائن على الكفيل لاستيفاء حقه من العقار المرهون ويبررون ذلك أن الدائن عندما قبل الوفاء الجزئي من الكفيل فإنهما افترضا (الدائن والكفيل) أن يتقدم الدائن لاستيفاء الجزء الباقي من العقار.

ولكن لم يتطرق الفقه فيما إذا كفل الكفيل جزءاً من الدين[4] وتم وفاء ذلك الجزء، ثم أراد الرجوع على المدين، وتقدم الدائن في نفس الوقت لاستيفاء حقه من العقار المرهون له عند المدين، فهل يتقدم الدائن أيضاً على الكفيل في استيفاء حقه من العقار المرهون؟ يرى الباحث أن الدائن أيضاً يتقدم على الكفيل لاستيفاء باقي حقه من الدين، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة من المادة 130مدني مصري" إذا خصص عقار للدائن من المدين للوفاء بدينه فإن الدائن يتقدم على سائر الدائنين التاليين له في المرتبة استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار".

الفرض الثالث: أن يوفي الكفيل جزءاً من الدين ويوفي شخص آخر غير المدين الجزء الباقي. وهذا جائز حسب المادة 1/330 مدني مصري " فإذا تم الوفاء من الكفيل ومن الغير فإنهم يحلان محل الدائن ويتقاسما أموال المدين قسمة غرماء" وهذا ما جاء أيضاً في المادة 2/330 مدني

---

(1) الطعن مدني مصري رقم 187 سنة 50، جلسة 1985/1/1، وارد فيCD مكتبة أحكام المحاكم العربية العليا، مرجع سابق.

(2) أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص202.

(3) زهران، همام، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص208.عبد الفتاح، قدري، أحكام عقد الكفالة– التضامن– التضامم، مرجع سابق، ص188.السنهوري، الوسيط، ج10، مرجع سابق، ص190.

(4) ذكر سابقاً عند دراسة الكفالة المحددة، بأن الكفيل يستطيع أن يحدد ما يريد في الكفالة.

مصري "إذا حل شخصاً آخر محل الدائن فيما له من حق رجع من حل أخيرا هو ومن تقدمه في الحلول كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء".

الشرط الثاني: حلول أجل الدين

أصبح من البديهي أن الكفيل لا يستطيع الرجوع على المدين إلا بعد حلول أجل الدين الأصلي حتى لو أوفى الكفيل الدين قبل حلول الأجل، وقد يفقد الكفيل حقه في الرجوع بدعوى الحلول إذا كان المدين وفى الدين أو برئت ذمته بالمقاصة أو اتحاد الذمة أو أي دفوع تبرىء ذمة المدين من الدين[1] وإذا امتد الأجل الأصلي للمدين باتفاق بين المدين والدائن أو بمهلة قضائية فإنه لا يجوز للكفيل الرجوع على المدين بدعوى الحلول لأن الكفيل يحل محل الدائن في حقوقه تجاه المدين بما لهذا الحق من خصائص، ومن خصائص هذا الحق أنه مؤجل(المادة 329 مدني مصري).

ثانياً: أثار الرجوع بدعوى الحلول (بماذا يرجع الكفيل على المدين بدعوى الحلول)

جاء في المادة 799 مدني مصري "إذا أوفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق قبل المدين" وهذه المادة تطبيق للقواعد العامة في المادة 329 مدني مصري "من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حق بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفوع، ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن".

من خلال هذين النصين يتضح لنا بماذا يرجع الكفيل على المدين بدعوى الحلول:ـ

1- أن يحل الكفيل محل الدائن في حقه، ويشترط أن يكون هذا الحق ما زال موجوداً وقت الوفاء، فإذا كان الحق انقضى بأحد أسباب انقضاء الالتزام أو تقرر بطلانه فلا يستطيع الكفيل الرجوع بدعوى الحلول على المدين.

---

(1) سعد، نبيل، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص240.

2- يرجع على المدين بما يلحق الحق من خصائص، وعلى ذلك لا يجوز للكفيل أن يرجع قبل حلول الأجل المخصص لوفاء الدين سواء كان باتفاق بين المدين والدائن أو قضاءً (مهلة قضائية)، وكذلك يكون حق الكفيل عند الرجوع خاضعاً لنوع التقادم الذي يخضع له حق الدائن، وكذلك لو كان الدين المكفول تجارياً كان كذلك حق الكفيل وما يستتبع ذلك من حيث الإثبات وسعر الفائدة[1].

3- يحل الكفيل محل الدائن بما يلحق حق الدائن من توابع (كالفوائد، والحق في دعوى الفسخ، والحق في الطعن بالدعوى البوليصية، والحق في الحبس واستعمال الشرط الجزائي) [2].

4- يستطيع أن يرجع الكفيل على المدين بما يلحق حق الدائن من تأمينات تجاه المدين مثل تأمينات عينية كحق الرهن الحيازي والرسمي، أو تأمينات شخصية ككفالة أخرى[3] ولا يسري حلول الكفيل محل الدائن بحق غيره إلا باتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك، كما جاء في المادة 2/787 مدني مصري " فإذا كان الدين مضموناً بمنقول مرهون أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل أما إذا كان الدين مضموناً بتأمين عقاري فإن الدائن يلتزم أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين ويتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها المدين".

5- يلحق بحقوق الدين أيضاً الدفوع سواء أكانت دفوعاً خاصة بالدائن كالدفع ببطلان الدين كنقص في أهليته أو لعيب في رضاه، أم دفوعاً متعلقة بالدين كالدفع بانقضائه بالمقاصة أو بالتقادم..... [4].

---

(1) عبد السلام، سعيد، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص119.

للمزيد: الطعن مدني مصري رقم 289، جلسة 1968/1/25، وارد فيCD مكتبة أحكام العربية العليا، مرجع سابق.

(2) العمروسي، أنور، اتضامن والتضامم والكفالة في القانون المدني، مرجع سابق.ص175.

(3) تناغو، سمير، التامينات الشخصية، مرجع سابق، ص114.

(4) مرقس، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص135.

الفرع الثالث: مقارنة بين الدعوى الشخصية ودعوى الحلول

من خلال مقارنة بين الدعوى الشخصية ودعوى الحلول نستطيع معرفة الأهمية العملية لكل منهما:

أولا: الكفلاء الذين لهم الحق بالرجوع

في الدعوى الشخصية فإنه لا يجوز للكفلاء الذين تمت الكفالة بعلم المدين ودون معارضته أو بغير علم المدين الرجوع بهذه الدعوى، أما دعوى الحلول فإنه يجوز لأي كفيل تمت الكفالة بعلم المدين أو بغير علمه أو رغم معارضته الرجوع بها[1].

ثانيا: شروط كل من الدعوتين

لا يشترط في الكفيل الذي يريد أن يرجع بالدعوى الشخصية أن يحصل الدائن على جميع حقه كاملاً، أي حتى لو أوفى الكفيل جزء من الدين ورضي الدائن بذلك فيجوز له(الكفيل) الرجوع على المدين[2] وله في هذه الحالة أن يزاحم الدائن عند رجوعه على المدين بباقي الدين ويقتسموا (الدائن والكفيل) أموال المدين قسمة غرماء، أما دعوى الحلول فيشترط أن يستوفي الدائن حقه كاملاً.

وكذلك يشترط إخطار المدين قبل الوفاء بالدين فيمن يريد من الكفلاء الرجوع بالدعوى الشخصية على المدين، أما دعوى الحلول فلا يشترط إخطار المدين وفاء الدين[3].

ثالثا: أثر كل من الدعوتين

يجوز للكفيل الذي رجع بالدعوى الشخصية أن يرجع على المدين بأصل الدين وبالفوائد القانونية من وقت الدفع والفوائد الاتفاقية والمصروفات والتعويض، ولكن لا يستطيع الكفيل أن يرجع بذلك إذا اختار دعوى الحلول للرجوع على المدين.

---

(1) سعد، نبيل، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص342.

(2) مرسي، محمد، العقود المسماة، مرجع سابق، ص237.

(3) مرقس، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص138.

وينتقل جميع الحق بتوابعه وخصائصه وتأميناته في دعوى الحلول ولكن قد يضار الكفيل من هذه الحلول مثل سقوط دين الدائن بالتقادم بنوع قصير، أو أن تكون مدة التقادم طويلة ولم يبق منها الكثير حتى تنقضي، أما في الدعوى الشخصية فإن مدة التقادم لا تسري إلا من تاريخ وفاء الكفيل بالدين للدائن فمن هذا التاريخ فقط ينشأ حق الكفيل، ولا يستطيع الكفيل في الدعوى الشخصية الرجوع على المدين بالتأمينات، لأنه يرجع بدعوى خاصة به ومستقلة عن حق الدائن، وعلى العكس فإنه يجوز للكفيل في دعوى الحلول الرجوع على المدين بالتأمينات الخاصة بالدين لأنها من ملحقاته[1].

ومن خلال مقارنة الدعوتين يرى الباحث أن رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية هو أكثر نفعاً له من دعوى الحلول[2] لما للدعوى الشخصية من ميزات أكثر أهمية من تلك التي تتميز بها دعوى الحلول، مثل ترتيب الفوائد القانونية من وقت الدفع والمصروفات والتعويض، وكذلك سريان التقادم الذي يبدأ من تاريخ وفاء الكفيل بالدين وأيضاً عندما يرجع الكفيل على المدين بدعوى الحلول في جزء من الدين فإن الدائن يتقدم عليه في الحصول على حقه من أموال المدين، أما الدعوى الشخصية فإن كلاً من الكفيل والدائن يتقاسمان أموال المدين قسمة غرماء عند وفاء الكفيل جزءاً من الدين، ويستطيع الكفيل الرجوع على المدين بدعوى الحلول عندما لا يتوافر شرطان تطلبهما الدعوى الشخصية وهما شرط إخطار المدين بالوفاء وشرط عدم معارضة المدين بهذا الوفاء، فيمكن اعتبار دعوى الحلول بديلاً للدعوى الشخصية في بعض الأحيان إذا أراد الكفيل ذلك.

الفرع الرابع: رجوع الكفيل عند تعدد المدينين

سبق وتناولت رجوع الكفيل على المدين إذا كان المدين واحداً، أما في هذا الفرع فسأُعالج رجوع الكفيل على أكثر من مدين، وقد يكونوا هؤلاء الأخيرون متضامنين أو غير متضامنين.

---

(1) سعد، نبيل، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص343.

(2) وهذا لا يعني أن دعوى الحلول غير نافعة فلها ميزاتها كما رأينا سابقاً.

الفرض الأول: حالة تعدد المدينين المتضامنين

قد يتعدد المدينون ويكونون متضامنين بنفس الدين، وكانت كفالة بهــذا الــدين، فيجــب التفرقة بين ما إذا كان الكفيل كفلهم جميعاً أو كفل بعضهم.

أولاً: كفالة جميع المدينين المتضامنين

يستطيع الكفيل الذي كفل جميع المدينين المتضامنين أن يرجع على أيٍ منهم بكل الــدين سواء بالدعوى الشخصية أو دعوى الحلول، وهذا ما جاء في المادة 646 مــن مجلــة الأحكــام العدلية " عليهما دين من جهة واحدة وقد كفل كل عن صاحبه يطالب كل منهما بمجموع الدين ". وكذلك ما جاء في المادة 801 مدني مصري" إذا تعدد المدينون المتضامنون فــي ديــن واحــد وكانوا متضامنين فللكفيل الذي ضمنهم جميعاً أن يرجع على أيٍ منهم بجميع ما وفاه من الدين".

ثانياً: كفالة بعض المدينين المتضامنين

يجوز للكفيل الرجوع على أيٍ من المدينين الذين كفلهم إما بالدعوى الشخصــية وإمــا بدعوى الحلول[1] أما فيما يتعلق بمجلة الأحكام العدلية فلا يوجد ما يمنع تطبيق نص المادة 646 من المجلة والمادة 801 مدني مصري السالفتي الذكر على بعض المدينين الذين كفلهم المــدين، أما المدينين المتضامنين الذين لم يكفلهم فإنه يستطيع الرجوع عليهم بدعوى الإثراء بلا سبب أو بالدعوى المباشرة ويرجع بإحدى الدعويين على أيٍ من المدينين الذين لم يكفلهم بقدر حصته في الدين ونصيبه في حصة من أعسر منهم[2] ولا يستطيع الكفيل الرجوع على المدين الذي لم يكفله بالدعوى الشخصية وذلك لأنها تكون بين الكفيل والمدينين الذين كفلهم، أما دعوى الحلــول فقــد قررت محكمة النقض المصرية[3] أن الكفيل لا يستطيع الرجوع على أي من المدينين الذين لــم يكفلهم بدعوى الحلول لأنه (الكفيل) ليس ملزماً بالدين معهم أو ملزماً بوفائه عنهم، وإنما يكــون له فقط حق الرجوع عليهم بالدعوى غير المباشرة أو دعوى الإثراء بلا سبب.

---

(1) ذهني بك، عبد السلام، في التأمينات، مرجع سابق، ص23.

(2) زكي، محمود، دروس في التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص113.

(3) الطعن مدني مصري رقم 34، جلسة 1937/1/7، وارد في العمروسي أنور، التضامن والتضامم والكفالة في القانون المدني، مرجع سابق، ص284.

وأما الرأي السائد[1] فهو أن للكفيل أن يرجع على أي من المدينين الــذين لــم يكفلهــم بدعوى الحلول، وذلك لأن الكفيل إذا كفل أحد المدينين المتضامنين فإن هؤلاء ملتزمون مع بقية المدينين بالدين، وعليه يكون الكفيل بشكل غير مباشرقد قام بوفاء الدين عن المدينين الــذين لــم يكفلهم وبالتالي يجوز له الرجوع عليهم بدعوى الحلول، وكذلك فــإن منطــق دعــوى الحلــول يتضمن حلول الكفيل محل الدائن بكل ما يستطيع أن يستعمله الدائن من حقوق وتجــاه أي مــن المدينين المتضامنين[2]، بحيث يصبح الكفيل كأنه دائن جديد بدلاً من الدائن القديم.

ويرى الباحث أن ما جاء به الفقه السائد كان أقرب للصواب من حيث جــواز رجــوع الكفيل على أي من المدينين المتضامنين سواء أكانوا ممن كفلهم أم لم يكفلهم بــدعوى الحلــول، لذلك فإنني أرى أن يعدل المشرع نص المادة 939 من المشروع (التي تطابق نص المــادة 801 مدني مصري) بحيث تكون " إذا تعدد المدينون في دين واحد وكانوا متضامنين فللكفيــل الــذي ضمنهم جميعاً أو ضمن أي منهم أن يرجع عليهم أو على أيٍّ منهم بجميع ما أوفاه من الدين".

الفرض الثاني: حالة تعدد المدينين غير المتضامنين

قد يتعدد المدينون في الدين ولكنهم غير متضامنين، وهنا أيضاً قد يكفلهم الكفيل جميعــا أو يكفل بعضهم:

أولاً: كفالة جميع المدينين الغير متضامنين

يجوز للكفيل في هذه الحالة الرجوع على أي من المدينين غير المتضامنين بقدر نصيبه من الدين سواء بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول أو بدعوى إلا ثراء بلا سبب، لأن كفالتــه تكون بمثابة كفالة عدة أشخاص في عدة ديون[3] فيما يتعلق بمجلة الأحكام العدلية فإنــه يجــوز مطالبة أي من المدينين غير المتضامنين بمقدار حصة أي منهم بالدين وذلك قياساً على المــادة 647 من المجلة التي تجيز للكفيل الرجوع على الكفلاء الآخرين بمقدار حصة كل مــنهم مــن

---

(1) يحيى، عبد الودود، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص86. زكي، محمود، دروس في التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص115. تناغو، سمير، التأمينات الشخصية، مرجع سابق، ص118.

(2) أبو السعود، رمضان، التامينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص209.

(3) زهران، همام، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص226– 227.

الدين إذا كانوا قد كفلوا معاً، أما القانون المدني المصري فلم يذكر هذه الحالة ولكن يمكن تطبيق القواعد العامة بهذا الشأن مثل المادة 324 والمادة 179مدني مصري[1].

ثانياً: كفالة بعض المدينين غير المتضامنين

يستطيع الكفيل أن يرجع بالدعوى الشخصية أو دعوى الحلول أو دعوى الإثــراء بــلا سبب على أي من المدينين الذين كفلهم. وفي مجلة الأحكام العدلية والقانون المــدني المصــري يمكن قياس المادة 647 من المجلة والمادة 324 والمادة 179 مدني مصري على كفالة بعــض المدينين غير المتضامنين.

وأما الذين لم يكفلهم الكفيل وكانوا غير ملتزمين فلا يرجع عليهم بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول[2] ولكن يستطيع الرجوع عليهم بدعوى الإثراء بلا سبب بقيمة نصيبه في الــدين (المادة 324 مدني مصري).

المطلب الثاني: علاقة الكفيل بغيره من الكفلاء

حتى يستطيع الكفيل الحصول على حقه بعد وفاء الدين فإنه يرجع على المدين كما رأينا سابقاً، وكذلك على الكفلاء الآخرين كما سنرى لاحقاً.

الفرع الأول: علاقة الكفيل الشخصي بغيره من الكفلاء الشخصيين

تكون علاقة الكفيل بغيره من الكفلاء الشخصيين متضامنين أو غير متضامنين.

---

(1) تنص المادة 324 / 1 مدني مصري " إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعــه، 2 / ومع ذلك يجوز للمدين الذي حصل على الوفاء بغير إرادته أن يمنع رجوع الموفي بما أوفاه عنه كلاً أو بعضاً، إذا اثبــت أن له آية مصلحة في الاعتراض على الوفاء". أما المادة 179 مدني مصري تنص " كل شخص ولو غير مميز يثري دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال الأثر فيما بعد ".

(2) مرقس، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص141.

الفرض الأول: رجوع الكفيل على غيره من الكفلاء عند تضامنهم

لقد أصبح معروفاً أنه متى وجد تضامن سواء بين المدينين أو بين الكفلاء فإنــه يجــوز للدائن مطالبة أي منهم بكامل الدين[1]، ويجوز للكفيل الذي أوفى الدين الرجوع على باقي الكفلاء بحصة كل واحد من الدين وبنصيبه من حصة المعسر(وهذا تطبيق للقواعد العامة فــي المــواد 297 و298 مدني مصري) [2].

أما مجلة الأحكام العدلية فقد جاء في المادة 647 منها ".. لو كان لديه كفلاء متعــددون فإن كان كل منهم قد كفل على حدة يطالب كل منهم بمجموع الدين....". وأيضاً جاء في المــادة 796 من القانون المدني المصري " إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله كان له أن يرجع على كل الباقيين بحصة من الدين وبنصيبه في المعسر منهم ".

ويكون رجوع الكفيل على باقي الكفلاء إما بدعوى الحلول وإما بــدعوى الإثــراء بــلا سبب[3] ويشترط لذلك شرطان:

الشرط الأول: أن يكون الكفيل وفى الدين عند حلول أجله

ويكون ذلك بالوفاء أو بما يقوم مقام الوفاء، و إذا أوفى الكفيل جزءاً من الدين أكثر مــن حصته يجوز له الرجوع على باقي الكفلاء كل بحسب حصته, ويقع على الكفيل عــبء إثبــات الدفع[4].

---

(1) الطعن مدني مصري رقم 392، جلسة 1966/2/10، وارد فيCD مكتبة أحكام المحاكم العربية العليا، مرجع سابق.

(2) تنص المادة 1/297 " إذا أوفى احد المدينين المتضامنين بكل الدين فلا يجوز له أن يرجع على أي من الباقين إلا بقدر حصته في الدين ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن". تنص المادة 298 مدني مصري " إذا أعسر احد المدينين المتضامنين تحمل تبعة هذا الإعسار المدينين الذي وفى الدين وسائر المدينين الموسرين، كــل بقــدر حصــته". للمزيد:الطعن مدني مصري رقم 647، جلسة 1995/1/16، المرجع السابق.

(3) أما الدعوى الشخصية فلا يستطيع الكفيل أن يرجع بها على باقي الكفلاء لأن الدعوى خاصة بالكفيل والمدين.

(4) السنهوري، الوسيط، ج10، مرجع سابق، ص205.

الشرط الثاني: أن يكون الدفع مفيداً أو مبرئا ًلذمة جميع الكفلاء

فإذا كان الدين باطلاً أو كان انقضى بالتقادم.... فلا يكون للكفيل الرجوع على باقي الكفلاء[1].

الفرض الثاني: إذا تعدد الكفلاء بكفالة دين وعقد واحد وكانوا غير متضامنين

في هذه الحالة فإن الدين ينقسم بينهم بقوة القانون، فيطالب الدائن كل منهم بنصيبه في الدين، ولا يرجع على أيٍّ منهم بكل الدين، أما إذا حصل وأوفى أحد الكفلاء جميع الدين فإنه يرجع على الباقين بمقدار حصة كل واحد منهم، وهذا ما جاءت به مجلة الأحكام العدلية في المادة 647 التي تنص على أنه "لو كان كفلاء متعددون.... وان كانوا كفلوا معاً يطالب كل منهم بمقدار نصيبه بالدين....".

وأما القانون المدني المصري فلم يذكر هذا الفرض ولكن يمكن تطبيق القواعد العامة الخاصة بدعوى الإثراء بلا سبب في المادة 324 مدني مصري، فبمقتضى هذه المادة يجوز للكفيل الرجوع على باقي الكفلاء غير المتضامنين بأقل القيمتين قيمة افتقر به الكفيل الذي أوفى الدين أو قيمة ما برئت ذمة الكفيل غير المتضامن الذي لم يوفِ الدين ولا يرجع الكفيل الذي أوفى الدين على باقي الكفلاء بحصة المعسر منهم بل يتحملها الدائن.

إذن حتى ينقسم الدين بين الكفلاء بقوة القانون يجب توافر شروط وهي:

الشرط الاول: أن يتعدد الكفلاء الشخصيون.

الشرط الثاني: أن يكفلوا نفس الدين.

الشرظ الثاث: أن يكفلوا نفس المدين.

الشرط الرابع: أن لا يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم[2].

---

(1) مرسي، محمد، العقود المسماة، ج1، مرجع سابق، ص255.

(2) الشهاوي، قدري، أحكام عقد الكفالة- التضامن- التضامم، مرجع سابق، ص197.

للمزيد: ما ورد سابقاً في حق الكفيل الدفع بالتقسيم بينه وبين الكفلاء الآخرين في المبحث الأول من الفصل الثالث.

الفرع الثاني: رجوع الكفيل الشخصي على الكفيل العيني

ذكر سابقاً أن الكفيل العيني كالكفيل الشخصي باعتباره كفيلاً وليس مديناً, فالكفيل العيني يلتزم بشيء معين من أمواله للوفاء بالدين، أما الكفيل الشخصي فإنـــه يلتـــزم بجميـــع أموالـــه الشخصية للوفاء بالدين.

فإذا كانت قيمة المال المخصص للوفاء معادلاً أو مجاوزاً له أنقسم الـــدين بـــين الكفيـــل العيني والكفيل الشخصي، أما إذا كانت قيمته أقل من الدين انقسم الدين بين الكفيـــل الشخصـــي والعيني بنسبة هذه القيمة إلى مجموع قيمة التزامهما، مثل إذا كان الدين ثلاثة آلاف وقيمة المال المرهون نصف المبلغ أي ألف ونصف فالكفيل الشخصي هنا يكون ضامناً ثلاثة آلاف والكفيـــل العيني ألف وخمسمائة، فينقسم الدين بينهما أثلاثا أي الكفيل الشخصي يلتزم بألفين والكفيل العيني بألف فقط[1].

الفرع الثالث: رجوع الكفيل الشخصي على حائز العقار

حائز العقار: هو من تنتقل إليه ملكية عقار مرهون للدائن، وإذا أوفى الكفيل الدين فإنـــه يحل محل الدائن في الحق على هذا الرهن[2] وعليه يرجع على حائز العقار لأخذ حقه من هـــذا الرهن لأنه عندما أوفى الدين كان يعتمد على العقار الذي رهنه المدين للدائن.

ويرى السنهوري[3] أنه لا يجوز لحائز العقار الرجوع على الكفيل بعد وفائه الـــدين لأن ما قام به (أي الحائز) من وفاء للدين يعتبر خطأ وبالتالي يكون الكفيل أولى بالرعاية في العقـــار المرهون، ويقول إن بإمكان الحائز حفظ حقوقه من خلال تطهير العقار المرهون[4] بـــدلاً مـــن الوفاء بالدين.

---

(1) هذا أيضا ما ورد سابقاً عند دراسة الدفع بالتقسيم في المبحث الثاني من الفصل الثالث.

(2) للمزيد: ما ورد سابقاً عند البحث في دعوى الحلول وما تتضمنه من نقل التأمينات إلى الكفيل عندما يوفي الدين فـــي المبحث الثاني من الفصل الثالث.

(3) السنهوري، الوسيط، ج10، مرجع سابق، ص211 وكذلك المعني ذاته الشـــهاوي، قـــدري، أحكـــام عقـــد الكفالـــة- التضامن- التضامم، مرجع سابق، ص203.

(4) تطهير العقار المرهون: أي تخليصه من أي حق عليه.

ويرى الباحث بما أن الكفالة وفق القانون المدني المصري تعني أن مركز الكفيل احتياطي يفي بالدين عندما لا يفي به المدين، فإنه عندما قام حائز العقار بتنفيذ التزام المدين بدلاً من المدين (يقارب مفهوم حوالة الدين) فإنه لا يجوزله الرجوع على الكفيل لأنه يعتبر كفيلاً له، فلا يرجع الأصل على الفرع ولكن يجوز العكس فإذا وفى الكفيل الدين فإنه يجوز له الرجوع على حائز العقار.

الخاتمة

مهد الباحث لموضوع الدراسة بتعريف الكفالة، وإجراء المقارنة بين آراء الفقهاء المسلمين، وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بالتعريف الوارد بالفقه الحنفي وهو أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بشيء، وأُعتبر أن هذا التعريف الأنسب بين الآراء الأخرى، لأنه تناول أقسام الكفالة وهي المال والعين والبدن، وكذلك لأنه فرق بين عنصر المديونية الذي لم يتحمله الكفيل وعنصر المطالبة بالدين الذي يتحمله الكفيل بضم ذمته إلى ذمة الأصيل، أما القانون المدني المصري، فقد اعتبر الكفيل مطالباً بالدين مع المدين إلا إذا تمسك بحقه بمطالبة المدين أولاً.

ثم بين الباحث خصائص عقد الكفالة فتبين أنه تابع بالدرجة الأولى ورضائي، وملزم لجانب واحد، وعقد تبرع بالأصل بإجماع من شراح مجلة الأحكام العدلية وشراح القانون المدني المصري أما إذا كانت الكفالة بمقابل فهو عقد معاوضة، وتمت الإشارة إلى أهمية التفرقة بين كون الكفالة عقداً تبرعياً أو معاوضة بالقياس بشكل عام على أهمية التفرقة بين عقد المعاوضة وعقد التبرع.

وتناول الباحث أيضا في التمهيد أطراف عقد الكفالة وهم الدائن والكفيل، أما المدين فليس طرفاً ولكن ظهرت لنا أهميته عند رجوع الكفيل عليه عند أداء الدين.

والفصل الأول في المبحث الأول درس الباحث أنواع الكفالة من حيث مصدر الالتزام بها وهي الكفالة الاتفاقية التي اكتفت بها مجلة الأحكام العدلية وبالإضافة إلى هذه الكفالة تناول القانون المدني المصري الكفالة القانونية والقضائية وذُكرت أمثلة على هاتين الكفالتين بالقانون المصري وبعض القوانين الفلسطينيه مثل قانون أصول المحاكمات المدنيه والتجارية رقم 2 لسنة 2001، ثم أفرد الباحث فرعاً خاصا لأهمية التفرقة بين الأنواع الثلاثة السالفة الذكر فاعتبر القانون المصري أن الكفيل متضامن مع المدين بالاتفاق أما الكفيل في الكفالة القانونية والقضائية فهو متضامن بنص القانون وكان الاختلاف بين شراح القانون المدني المصري هل أن الكفلاء إذا تعددوا متضامنون أم أن الكفيل مع الكفلاء الآخرين والمدين هم المتضامنون؟

ورجح الباحث الرأي الثاني لأن مصطلح الكفلاء يعني أن الكفيل القانوني والكفيل القضائي متضامنون مع المدين، وليس الكفلاء فقط مع بعضهم بعضاً، وذلك لحماية مصلحة الدائن.

وكذلك تمت دراسة أنواع الكفالة من حيث طبيعتها وهي كفالة مدنية وفق الأصل، وكفالة تجارية إذا كانت كفالة لضمان أوراق تجارية أو تظهيرها أو كان الكفيل بنكاً أو كانت كفالته بقصد تحقيق الربح، وقد بُحث أيضاً الأهمية العملية للتفرقة بين الكفالة المدنية والتجارية بالقياس على القواعد العامة بالتفرقة بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية، وهذه الفروق تتمحور في التضامن والإثبات والتبرع والفائدة والمهلة القضائية والإعذار والدفوع.

أما المبحث الثاني من الفصل الأول فقد تحدث فيه الباحث عن دراسة تمييز الكفالة من النظم القانونية المشابهة لما في ذلك من أهمية عند تطبيق أحكام الكفالة أو أحكام قانونية أخرى وهذه النظم هي التضامن والتضامم، والحوالة، والكفالة العينية، والتأمينات العينة، والإنابة الناقصة، وتأمين الإعسار، والوكيل بالعمولة الضامن، والتعهد عن الغير، والفضالة، والضمان الناشيء عن تظهير الأوراق التجارية، فتوصل الباحث بعد دراسة هذا التمييز إلى أن مركز الكفيل التبعي بشكل عام هو ما يميزه عن باقي النظم السابقة الذكر.

وعلى اعتبار أن الكفالة من العقود التي يجب توافر أركان فيها، كان لا بد من دراسة ذلك في المبحث الأول من الفصل الثاني، وهذه الأركان هي: الرضا الذي تضمن رضا الكفيل والدائن، وقد كان هناك اختلاف بين الفقهاء المسلمين، فذهب بعضهم إلى اشتراط إيجاب الكفيل فقط لانعقاد الكفالة وهذا ما ذهبت إليه المجلة، في حين ذهب آخرون إلى رضا الكفيل وقبول من الدائن، وهذا ما جاء به القانون المصري، وتم تناول أهمية التفرقة بين الرأيين، وقد رجح الباحث الرأي الأول باعتبار أن الكفالة تنعقد بإيجاب الكفيل وحده ولا يشترط قبول الدائن لأن الكفالة عادة ما تعقد لصالحه فهي نفع له، وكذلك قياساً على القواعد العامة من حيث جواز سداد الدين دون إذن المدين.

أما المبحث الثاني فكان لدراسة الركن الثاني وهو محل عقد الكفالة الذي يشـترط فيـه ثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن يكون الالتزام الأصلي موجوداً وهذا هو مقتضى التبعية فيجوز كفالـة الالتزام الشرطي والتزام المستقبل، أما كفالة الالتزام الطبيعي فمنهم يرى جوازها كفالة الالتـزام الطبيعي، ومنهم من منع ذلك، وقد كان الباحث مع الرأي الثاني لأن المدين غير مجبـر علـى التزامه الأصلي فكيف يمكن إجبار الكفيل وهو تابع له على الالتزام بالوفاء، فلا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين بأن يكون التزام المدين طبيعياً والتزام الكفيل مـدنياً، إلا إذا جدد المدين التزامه الطبيعي بالتزام مدني فيجوز وتبعا لذلك تجوز الكفالة، وكذلك لأن في كفالـة الالتزام الطبيعي طريقة غير مباشرة لإجبار المدين على الوفاء بالدين، ولأنه يجـب أن يكـون الدين مضموناً على الأصيل أي ملزماً بوفائه حتى تصح الكفالة.

الشرط الثاني: أن يكون الالتزام الأصلي صحيحاً ومشروعاً، فإذا كان باطلاً يكون التزام الكفيل كذلك، أما إذا كان التزام المدين قابلاً للإبطال فلم تتناول مجلة الأحكام العدليـة والقـانون المصري ذلك بشكل مباشر، فتم القياس على كفالة التزام ناقص الأهلية من خلال عدة فروض:

الفرض الأول: عدم علم الكفيل بقابلية الالتزام الأصلي للإبطال، وكان الاختلاف حـول ما إذا لم يتمسك المدين الأصلي بإبطال التزامه فهل يجوز للكفيل التمسك بذلك؟ وقد كان الباحث مع الرأي القائل بجواز تمسك الكفيل بإبطال التزام المدين حتى لو لم يتمسك الأخير بذلك قياسـا على جواز تمسك الكفيل العيني بالدفوع المتعلقة بالدين حتى لو لم يتمسك بها المدين.

الفرض الثاني: إذا كان الكفيل يعلم بقابلية الالتزام الأصلي للإبطال وبالرغم مـن ذلـك كفل المدين فانه لايجوز له التمسك بإبطال الالتزام الأصلي إلا إذا تمسك به المدين.

الفرض الثالث: إذا كانت الكفالة بسبب قابلية الالتزام الأصلي للإبطال، فإذا تمسك المدين بإبطال التزامه فإن الكفيل يصبح مديناً أصلياً وعليه تنفيذ الالتزام.

الشرط الثالث: وهو أن يكون الالتزام الأصلي معيناً، فإذا تم تعيين التزام الكفيل تبعاً للالتزام الأصلي من حيث المصدر والموضوع والأجل تسمى الكفالة المطلقة، أما إذا خفف أو زاد الكفيل التزامه كانت الكفالة محددة مثل الكفالة المعلقة على شرط ملائم، الكفالة المؤقتة، والكفالة بالنفس، الكفالة المعجلة (وهي غير جائزة في القانون المدني المصري لأنها مخالفة له حيث لا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين وفقاً لهذا القانون) والكفالة التضامنية وقد تم التمييز بين الكفيل المتضامن والمدين المتضامن من حيث أن الأول يجوز له التمسك بالدفوع الخاصة بالمدين الأصلي، في حين لا يستطيع الثاني أن يتمسك بالدفوع الخاصة بالتزام مدين آخر ولقد رأينا كيف كانت مجلة الأحكام العدلية معالجة لأنواع متعددة لمحل الكفالة بشكل أدق وأوسع من القانون المدني المصري.

وتم كذلك دراسة الركن الثالث في المبحث الثالث وهو سبب عقد الكفالة الذي قد يكون تبرعاً أو معاوضة بين الدائن والكفيل، ولكن إذا كان سبب علاقة الكفيل بالمدين غير المشروع، فهل يجوز احتجاج الكفيل بذلك أمام الدائن بإبطال كفالته؟ هنا ذهب الباحث إلى الرأي الذي يجيز ذلك بشرط علم الدائن بالعلاقة غير المشروعة بين المدين والكفيل.

وأخيراً تم دراسة النتائج المترتبة على عقد الكفالة في الفصل الثالث التي تمثلت بحقوق للدائن وهي حقه بمطالبة الكفيل أو المدين أو كليهما وفق المجلة وكذلك حق التنفيذ على أموال أيٍّ منهما ألا أن ذلك ليس من النظام العام فيجوز الاتفاق على مطالبة المدين والتنفيذ على أمواله قبل مطالبة الكفيل والتنفيذ على أمواله، وذلك من خلال الشرط الملائم المنصوص عليه في المجلة، أما حقوق الكفيل فهي تتمثل بدفوع يجوز له التمسك بها عند مطالبة الدائن له بالدين ومن أبرزها الدفع بمطالبة المدين قبل مطالبة الكفيل والدفع بالتجريد (بالتنفيذ) على أموال المدين قبل التنفيذ على أموال الكفيل إذا تمسك الأخير بذلك وفق القانون المدني المصري، وبعد مقارنة حقوق كل من الكفيل والدائن فتم التوصل إلى أن حق الدائن بمطالبة الكفيل أولاً حق مقرر بالقانون وفق مجلة الأحكام العدلية، أما القانون المدني المصري فيحق له ذلك إذا نص في العقد أو إذا تنازل الكفيل عن حقه بالدفع بمطالبة المدين. أما حقوق الكفيل فهي العكس فيجوز للكفيل

التمسك بالدفع بمطالبة المدين أولاً من خلال النص على شرط ملائم بذلك، حيث أعطت المجلـــة حرية الكفيل في تحديد التزامه وفق ما يراه مناسباً لمصلحته، فوفق المجلة تتحقق الغايـــة مـــن الكفالة وهي ضمان حصول الدائن على حقه لان الدائن عندما قام بالتزامه بما ابرم بينـــه وبـــين المدين، كان ذلك بدافع وجود شخص آخر يوفى الدين إلى جانب المدين الأصلي، خاصة عنـــدما لا يكون عند الدائن ثقة عالية بالمدين لتنفيذ الأخير التزامه، إلا أن ذلـــك لـــم يحـــرم الشـــخص الآخر(الكفيل) من الرجوع على المدين لأخذ حقه منه، وإيقاع الحجز التحفظي على أموالـــه إذا خيف تهريب أمواله، في هذا الفرض أيضاً رعاية لمصلحة الكفيل، لان الكفيل عادة ما يوقع على عقد الدين الأصلي بصفته كفيل، ثم لا يعلم بعد ذلك بما يطرأ على العقد من تغيرات حصلت بين الدائن والمدين، فقد يكون انقضى التزام المدين بالمقاصة أو التقادم... فيجوز للكفيل فـــي هـــذه الحالات التمسك بهذه الدفوع لإنقضاء التزامه.

أما المبحث الثاني من الفصل الثالث فكان لدراسة نتائج تنفيذ الكفيل التزامه بعقد الكفالـــة وعلاقة الكفيل بالمدين, فكانت البداية بعرض آراء الفقهاء المسلمين فروض أداء الكفيل للـــدين، ومدى رجوع الكفيل على المدين حسب كل فرض، فكان هناك توسع في الفقه الإسلامي في بيان أحكام هذا الرجوع، أما القانون المدني المصري فجاء مكملاً لما جـــاء بـــه الفقـــه الإســـلامي بالدعاوي والإجراءات التي يمكن أن يرفعها الكفيل في حالة رجوعه على المدين بعد أداء الدين وهذه الدعاوي هي الدعوى الشخصية ودعوى الحلول, وتمّ تناول طبيعة هذه الدعاوي وشروطها وآثارها وإجراء المقارنة بينها، فتم التوصل إلى إن الدعوى الشخصية أكثر نفعاً للكفيل في حالة رجوعه على المدين، وتمّ اعتبار دعوى الحلول بديلة للدعوى الشخصية أحيانا في حالـــة عـــدم توافر شروط الأخيرة.

ودرس الباحث أيضاً رجوع الكفيل على المدينين في حالة تعددهم فتمت التفرقة بين كون المدينين متضامنين وهنا يجوز للكفيل الرجوع على أيٍّ منهم بكامل الدين إذا كلفهم جميعاً، أمـــا إذا كفل بعضهم فإنه يجوز له الرجوع على من لم يكلفهم بدعوى الإثراء بلا سبب، أما دعـــوى الحلول فكان هناك اختلاف وقد رجح الباحث الرأي القائل بجواز الرجوع على المدينين الذين لم

يكفلهم، لأن منطق دعوى الحلول هو أن الكفيل يحل محل الدائن بما للأخير من حقوق، وبالتالي فمن حق الدائن الرجوع على أي مدين بالدين ما داموا متضامنين، وهذا ما ينتقل إلى الكفيل عند وفاء الكفيل الدين.

وأما النتيجة الثانية لتنفيذ الكفيل التزامه في عقد الكفالة فهي حالة رجوع الكفيل على غيره من الكفلاء، فعالج الباحث رجوع الكفيل على غيره من الكفلاء الشخصيين، فإذا كانوا متضامنين يجوز لمن أوفى الدين الرجوع على كل منهم بنسبة حصة كل منهم من الدين، ونصيبه في حصة المعسر منهم، أما إذا كان الكفلاء غير متضامنين فإنه يجوز لمن أوفى الدين منهم الرجوع على الباقين بنسبة حصة كل منهم بالدين ولا يرجع بحصة المعسر منهم.

وكذلك درس الباحث حالة رجوع الكفيل الشخصي على الكفيل العيني، ورجح من قال بجواز ذلك لأن الكفيل العيني كالكفيل الشخصي، اللهم أن الأول خصص أموالا معينة للوفاء، أما الكفيل الشخصي فيلتزم بجميع أمواله للوفاء بالتالي يجوز لأي منهم الرجوع على الأخر في حالة وفاء أحدهما الدين.

وتم كذلك دراسة رجوع الكفيل على حائز العقار، فتبين لنا أنه يجوز للكفيل الرجوع على حائز العقار، إذا قام الكفيل بأداء الدين، لان الكفيل كان يعتمد على هذا العقار.

وأخيراً أتمنى أن أكون قد وفقت في هذه الدراسة في الكشف عن النواحي القانونية لأحكام الكفالة للوصول إلى نتائج تؤخذ بعين الاعتبار عند إقرار قانون مدني فلسطيني بخصوص الكفالة، فنحن بحاجة لدراسات وأبحاث حول المواضيع القانونية المختلفة قبل تقنينها لإخراجها للتطبيق العملي لنخرج بقانون فلسطيني يجمع بين العدالة والمساواة وإقرار الحقوق فأي دراسة حول أي مسألة تكون غير ملزمة، حيث تتفاوت أهمية الأخذ بها بدرجة الاجتهاد والقناعة التي أتى بها الباحث وكما جاء في قول رسول الله صلى الله عليه وسلم "من اجتهد منكم فأصاب فله أجران, ومن اجتهد منكم فأخطأ فله أجر".

الاقتراحات والتوصيات

إن الهدف الأول لهذه الدراسة هو الخروج بنتائج وتوصيات تفيد المشرع الفلسطيني عند إصدار أحكام متعلقة بالكفالة خاصة انه لم يتم التصديق على المشروع المدني الفلسطيني.

وستكون الاقتراحات من خلال تعديل وإضافة وإلغاء وإبقاء في أحكام الكفالة الواردة في المشروع المدني الفلسطيني.

أولاً: النصوص التي يرى الباحث أنها بحاجة لتعديل.

1- اقترح على المشرع الفلسطيني تعديل نص المادة 908 من المشروع (تطابق المادة 772 مني مصري) التي تنص على أن" الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفِ به المدين نفسه" لتصبح "الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بشيء". وهذا ما ورد في المادة 612 من المجلة، ويعتبر هذا التعريف جامعاً لأنواع الكفالة وهي الكفالة بالمال والكفالة بالنفس والكفالة بالعين، وكذلك فإن عبارة " إذا لم يفِ به المدين نفسه " الواردة في المشروع والتي صار جدل حول التزام الكفيل هل هو تابع أو أنه معلق على شرط، لذلك فان التعريف المقترح من المجلة مانع للجدل حول ذلك.

2- تعديل المادة909 من المشروع (تطابق المادة 773 مدني مصري) التي تفيد إثبات عقد الكفالة بالكتابة، بان تترك حرية الإثبات للقواعد العامة وأن يأخذ المشرع بما جاء في المادة 621 في المجلة " تنعقد الكفالة وتنفذ بإيجاب الكفيل وحده ولكن إن شاء المكفول له ردها فله ذلك وتبقى الكفالة ما لم يردها المكفول له وعلى هذا لو كفل أحد في غياب المكفول له بدين له على أحد ومات المكفول له قبل أن يصل إليه خبر الكفالة يطالب الكفيل بكفالته هذه ويؤاخذ بها".

3- تعديل نص المادة 939 من المشروع (تطابق المادة 801 مدني مصري) " إذا تعدد المدينون بدين واحد وكانوا متضامنين فللكفيل الذي ضمنهم أن يرجع عليهم جميعاً أو على أيٍّ منهم بجميع ما أوفاه من الدين". وقد ثار جدل بين فقهاء القانون المدني المصري الذي

جاء بنص مطابق لهذه المادة حول حق رجوع الكفيل بدعوى الحلول على المدينين الذين لم يكفلهم لذلك يقترح الباحث لإزالة الجدل حول ذلك انه يجوز للكفيل الرجوع بدعوى الحلول على الكفلاء الذين لم يضمنهم إذا كانوا متضامنون، وذلك بأن الكفيل يحل محل الدائن بكـل ما يستطيع الأخير أن يستعمله من حقوق تجاه أيٍّ من المدينين المتضامنين، من ضمنها حق الرجوع على أيٍّ منهم بكامل الدين، لذلك يقترح الباحث تعديل المادة 939 من المشـروع كالتالي "إذا تعدد المدينون بدين واحد وكانوا متضامنين فللكفيل الذي ضمنهم جميعاً أو ضمن أيٍّ منهم أن يرجع عليهم أو على أيٍ منهم بجميع ما أوفاه من الدين".

4- جاء في المادة 2/919 من المشروع (تطابق المادة 2/782 مدني مصري) التي تنص " إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص أهليته وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد فليس له الاحتجاج بهذا الوجه ". فيرى الباحث أنه من العدالة تعميم النص السابق علـى جميـع حالات العقد الموقوف (فالعقد الموقوف الوارد في مجلة الأحكام العدلية (في المـواد 111، 357، 377، 378، 2006) أفضل من العقد القابل للإبطال الوارد فـي القـانون المـدني المصري (في المواد 119، 120، 126، 127) لأن الأول غير نافذ ولا ينتج آثاره حتى تتم إجازته، في حين الثاني نافذ وينتج آثاره حتى يتم أبطاله) فيكون نص المادة 919 كالتـالي "1/ يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين وله أن يتمسك بجميع الدفوع الخاصـة بـه وبجميـع الأوجه التي يحتج بها المدين حتى لو تنازل عنه المدين،2/ على أنه من كفل التزاماً موقوفاً وكانت الكفالة بسبب ذلك كان الكفيل ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفـذه أو يجـزه المـدين المكفول".

5- تعديل المادة 925من المشروع(تطابق المادة 788مدني مصري) التي تنص علـى أنـه "لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل إلا بعد رجوعه على المدين ". لتصبح كما جاء في المادة 644 من المجلة " الطالب مخير في المطالبة إن شاء طالب الأصيل بالدين وإن شاء طالـب الكفيل، ومطالبة أحدهما لا تسقط حقه مطالبته الآخر وبعد مطالبته أحدهما لـه أن يطالـب الآخر ويطالبهما معاً". وذلك لأن الكفالة شرعت لمصلحة الدائن الذي يطمئن لوجود مدين و

كفيل له بوفاء الدين، وبالتالي إعطائه الحرية في مطالبة أيٍّ منهما، أو مطالبة الأثنين معـــا حسب ما يراه محققا لمصلحته، وكذلك فإنه وسيلة ضغط من الكفيل على المدين لأداء ديـــن الدائن، وكذلك حتى تصبح هذه المادة (925 من المشروع) متسقة ما تم تعديله فـــي المـــادة 908 بتعريف الكفالة بأنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بشيء، وهذا يتطلب أيضا تعـــديل المادة 633 من المشروع والتي تنص على التالي " تجوز كفالة الكفيل، وفي هذا الحالـــة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل، قبل رجوعه على الكفيل إلا إذا كان كفيل الكفيـــل متضامناً مع الكفيل ". لتصبح "تجوز كفالة الكفيل وفي هذه الحالة للدائن الرجـــوع علـــى المدين أو الكفيل أو كفيل الكفيل ومطالبته أيٍّ منهما لا تسقط حقه بمطالبة الآخرين"، وهـــذا يتفق مع المادة 645 من المجلة. فنص المادة 633 الذي تمّ بتعديله والمادة 645 من المجلة يتفق وينسجم مـــع المـــادة 925 المعدلـــة مـــن المشـــروع والمـــادة 908 المعدلـــة مـــن المشروع.(وبذلك لا يكون تعارض في الأحكام كما جاء في المادة 972 من القانون المـــدني الأردني التي تنص على أنه "لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه علـــى الكفيل ما لم يكن متضامنا معه" فهذا النص يخالف بشكل مباشر مع ما جـــاءت بـــه المـــادة 2/967 مدني أردني "إذا كان للكفيل فاللدائن في مطالبة من شاء منهما" فالمشرع الأردنـــي اتجه إلى إعطاء الدائن الحق مطالبة المدين أو الكفيل أو كفيل الكفيل وهـــذا مـــأخوذ عـــن المجلة، ثم عدل عن ذلك بأن أعطى لكفيل الكفيل حق التمسك بالدفع بمطالبة الكفيل أولاً قبل مطالبته (كفيل الكفيل) في المادة 972، فكان أولى بالمشرع الأردني بأن يحدد موقفه والأخذ بما جاء بالمجلة من حق المطالبة بشكل عام).

6- تناول بعض الفقهاء المسلمين مسألة رجوع الكفيل على المدين بشكل أوسع مما جـــاء بـــه المشروع المدني الفلسطيني والقانون المدني المصري ومجلة الأحكام العدلية، وذلـــك مـــن خلال فروض يرى الباحث إدخالها ضمن النصوص القانونية الخاصـــة بالكفالـــة بالقـــانون المدني الفلسطيني (مع ترجيح الباحث الرأي الصواب منها بين ألآراء في كل فرض)، لذلك تعدل المادة 937 من المشروع (تطابق المادة 2/1/800 مدني مصري) "للكفيل الذي أوفى

الدين أن يرجع على المدين سواء كانت عقد بعلمه أو بغير علمه، ويرجع بأصل الدين والمصروفات التي دفعها من وقت إخطار المدين بالإجراءات التي اتخذها ضده" لتصبح:

1- إذا كانت الكفالة بأمر المدين والأداء بأمره فانه يجوز للكفيل الرجوع عليه.

2- إذا كانت الكفالة والأداء دون إذن المدين فلا يجوز للكفيل الرجوع عليه لأنه متبرع بكفالته.

3- إذا كانت الكفالة بأمر المدين والأداء بغير أمره:-

أ- إذا لم يستأذن الكفيل من المدين مع إمكانية الاستئذان فلا يرجع عليه لأنه بذلك قصد التبرع.

ب- إذا أدى الكفيل الدين بأمر الدائن فإنه يرجع على المدين بما أدى.

4- وفي حالات الرجوع فإن الكفيل يرجع على المدين بأصل الدين والمصروفات التي دفعها من وقت إخطار المدين من إجراءات التي اتخذها ضده."

أما إذا كان الأداء بأمر الكفيل والكفالة بغير أمره فيرى الباحث أنه يرجع إلى طبيعة العلاقة بين الطرفين هل هي حوالة أو وكالة أو كفالة...وبناء عليه نطبق الأحكام القانونية الخاصة بذلك.

ثانياً: لم يتناول المشرع الفلسطيني بعض النصوص الخاصة بالكفالة التي تناولتها مجلة الأحكام العدلية والتي يرى الباحث إضافتها ضمن مشروع القانون المدني الفلسطيني.

1- لقد اقتصر المشرع الفلسطيني النص على الكفالة بالنفس في القضايا الجزائية، ولم يتناول بذلك القضايا الحقوقية رغم الحاجة القضائية والعملية لهذا النوع من الكفالة، فيرى الباحث أن ينص المشرع الفلسطيني على الكفالة بالنفس كما جاء في المادة 613 من المجلة " الكفالة بالنفس هي الكفالة التي يكفل فيها شخص "، أما حكم الكفالة بالنفس فهو ما نصت عليه المادة 642 " وحكم الكفالة بالنفس هو عبارة عن إحضار المكفول به لأي وقت كان قد

شرط تسليم المكفول به فيلزم إحضاره على الكفيل يطلب المكفول له في ذلك الوقت فإن أحضره فبها وإلا يجبر على إحضاره " وكذلك الأخذ بما جاء بالمادة 962 مدني أردني "إذا تعهد الكفيل بأداء الدين عند عدم تسليم المكفول لزمه أداؤه إذا لم يقم بتسليمه" لان ذلك يحفظ ويسهل حصول الدائن على حقه.

2- تناولت مجلة الأحكام العدلية طرق الأنتهاء (الإبراء) من الكفالة بشكل أوسع مما تناوله المشروع المدني الفلسطيني، والتي يرى الباحث إضافتها إلى المشروع وهي:

أ- ما نصت عليه المادة 667 من المجلة " لو توفي الدائن وكانت الوراثة منحصرة في المدين يبرأ الكفيل من الكفالة، وإن كان للدائن وارث آخر يبرأ الكفيل من حصة المدين فقط ولا يبرأ من حصة الوارث الآخر".

ب- ما جاءت به المادة 669 من المجلة "لو أحال الكفيل المكفول له على أحد وقبل المكفول له والمحال عليه يبرأ الكفيل والمكفول عنه أيضاً". وما نصت عليه المادة 971 من المجلة "الكفيل بثمن المبيع إذا انفسخ أو استحق المبيع أو رد بعيب يبرأ من الكفالة".

ج- وكذلك ما جاء في المادة 672 من المجلة "لو استؤجر مال إلى تمام مدة معلومة وكفل احد بدل الإجارة التي سميت تنتهي كفالته عند انقضاء مدة الإجارة فإن انعقدت إجارة جديدة بعد ذلك على ذلك المال لا تكون تلك الكفالة شاملة لهذا العقد".

3- لم يتناول المشرع الفلسطيني حالة وفاة الكفيل وترك ذلك للقواعد العامة، فيرى الباحث أن ينص على ذلك كما جاء في المادة 670 من المجلة " لو مات الكفيل بالمال يطالب بالمال المكفول به من تركته ".

4-لم يتناول المشروع كفالة الالتزام الطبيعي- وقد حصل جدل بشأنها- لذلك يرى الباحث إزالة الجدل حول ذلك وأن يأخذ بما جاء في قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة 7 "لا يجوز تأمين الدين الطبيعي بكفالة شخصية أو رهن ما دام ديناً طبيعياً".

5- اشتراط اللفظ في الكفالة حتى يمكن تطبيق أحكامها كي لا تختلط بالأحكام القانونية الأخرى وأن يأخذ المشروع بما جاء في المادة 622 من المجلة " إيجاب الكفيل أي ألفاظ الكفالة هي الكلمات التي تدل على التعهد والالتزام في العرف والعادة مثلاً لو قال كفلت أو أنا كفيل أو ضامن تنعقد الكفالة " وكذلك المادة 657 من المجلة "لو قال احد لآخر اكفلني عن ديني الذي هو لفلان فبعد أن كفل وأدى عوضاً بدل الدين بحسب كفالته لو أراد الرجوع عن الأصيل يرجع بالشيء الذي كفل ولا اعتبار للمؤدى....".

ثالثاً: حتى تكون النصوص غير متعارضة مع ما تم اقتراحه سابقا فيرى الباحث إلغاء بعض النصوص التي وردت في المشروع المدني الفلسطيني:

1- المواد 925 والمادة 926 والمادة 927 والمادة 933 من المشروع التي تتعلق بالدفع بالمطالبة والدفع بالتجريد.

2- وكذلك المادة 932 من المشروع "يكون الكفلاء دائما متضامنين في الكفالة القضائية أو القانونية".

فالنصوص السالفة الذكر تتعارض مع ما تم اقتراحه باعتبار المدين والكفيل وكفيل الكفيل متضامنين بشكل عام (مالم يتفق على خلاف ذلك) في المطالبة بالدين وفق مجلة الأحكام العدلية.

رابعاً: أما ما لم يتم تناوله من نصوص بتعديل أو إلغاء فيرى الباحث الإبقاء عليها لأنها جيدة ولعدم تعارضها مع ذكر سابقاً مثل:

المادة 910 من المشروع (تطابق المادة 774 مدني مصري) التي توجب تقديم كفيل موسر ومقيم في فلسطين وهذا في مصلحة الدائن، والمادة 911 (تطابق المادة 775 مدني مصري) التي تتضمن كفالة المدين بغير علمه ومعارضته وذلك لأن المدين ليس طرفاً في عقد الكفالة، والمادة 912 التي تشترط في الكفيل أهلية التبرع لأن الكفالة في الأصل تبرع، والمادة 913من المشروع (تطابق المادة 776 مدني مصري وتوافق المادة 631 من المجلة) التي

تتضمن تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين فتنص " لا يكون الالتزام صحيحاً إلا إذا كان المكفول صحيحاً "، والمادة 914 من المشروع(توافق المواد 635 و 636 و640) التي تعطي للكفيل حرية في تحديد التزامه فقد تكون منجزة أو مقيدة بشرط صحيح أو معلقة على شرط ملائم أو مضافة إلى مستقبل، لأن أحكام الكفالة ليست من النظام العام، والمادة 918 من المشروع (توافق المادة 781 مدني مصري)التي تتضمن بما قد يرجع به الكفيل على المدين من أصل الدين ومصروفات المطالبة الأولى، والمادة 919 (تطابق المادة1/772 مدني مصري)التي تجيز للكفيل التمسك بالدفوع التي للمدين وهذا مقبول لأن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين.

والمواد 921 و 922 و 923 (تقابل المواد 784 و785 و786 مدني مصري على التوالي) وتتضمن دفوعاً (إضاعة الدائن للتأمينات الضامنة للدين وتأخر الدائن في اتخاذ إجراءات ضد المدين وعدم تقدم الدائن في تفليسه والمدين) يجوز للكفيل التمسك فيها وهي لا تخالف القواعد التشريعية في المجلة ومع ما اقترحناه سابقاً.

والمادة 929من المشروع (تقابل المادة 792 مدني مصري والمادة647 من المجلة) التي تتناول الدفع بالتقسيم وحق الكفيل بالرجوع على غيره من الكفلاء.

والمادة 935 من المشروع (تطابق المادة 774 مدني مصري) التي أوجبت على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين لأنه قد تكون للمدين أسباب تقضي ببطلان الالتزام وإلا سقط حق الكفيل بالرجوع، وهذا النص جيد لأنه بالإضافة إلى وجود أسباب للمدين لإنقضاء الدين، فانه يكشف عن نية الكفيل في أن كفالته ليست تبرع وإنما أراد أن يؤدي الدين بإرادة المدين حتى يتمكن من الرجوع عليه.

والمادة 938 من المشروع (توافق المادة 668 من المجلة) التي تتضمن صلح الكفيل مع الدائن ومدى رجوعه على المدين بعد ذلك.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

ثانياً: المراجع

1. **المراجع باللغة العربية**
2. **المراجع باللغة الإنجليزية**

ثالثاً: قرارات المحاكم

رابعاً: الدراسات والأبحاث

خامساً: المواقع الالكترونية

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

القانون المدني المصري رقم (31) لسنة 1948.

مجلة الأحكام العدلية لسنة 1869.

قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999.

قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001.

قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966.

القانون المدني الأردني رقم (43) السنة 1967، والمذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني الصادرة عن المكتب الفني لنقابة المحاميين، الجزء الأول.

القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1940.

قانون المرافعات المدنية المصري رقم (25) لسنة 1971.

قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001.

قانون البينات الفلسطيني في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة 2001.

قانون التنفيذ الفلسطيني رقم (23) لسنة 2005.

قانون الإثبات المصري رقم (25) لسنة 1968.

قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1932.

مصطفى, ابراهيم وآخرون, **المعجم الوسيط,** المجلد الثاني, الطبعة الثانية, استنبول: دار الدعوة, 1972.

ثانياً: المراجع

1. المراجع باللغة العربية

ابن حزم, ابو محمد علي: **المحلى,** المجلد الخامس, ج8, بيروت, منشورات دار الافاق الجديدة.

ابن جزي، **القوانين الفقهيه**،بيروت: دار الكتب العلميه.

ابن عابدين، أمين محمد: **حاشية رد المحتار على الدرر المحتار شرح تنوير الأبصار**، الجزء السادس، الطبعة الثانية، مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، 1966.

ابن قدامة، عبد الله بن احمد بن قدامه، **المغني**، د,ط، الرياض مكتبة الرياض الحديثة، 1981.

أبو السعود، رمضان: **التأمينات الشخصية والعينية**، د.ط، الإسكندرية: منشأة المعارف، 1995.

الأشقر، محمد سليمان أبو رخية وآخرون: **بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة**، المجلد الأول، لطبعة الأولى، الأردن: دائرة النفائس للنشر والتوزيع، 1998.

الأنصاري، شمس الدين محمد بن أبي العباس الشهير بالشافعي الصغير: **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، الجزء الرابع، الطبعة الأخيرة، مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، 1967.

الأهواني، حسام الدين كامل: **النظرية العامة للالتزام بمصادر الالتزام**- الجزء الأول، الطبعة الثانية، 1995.

برج، احمد محمد إسماعيل: **الكفالة بالمال وإثرها في الفقه الإسلامي**-دراسة مقارنة وتطبيقات معاصرة، لإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003.

بكر، إبراهيم: **الكفالات الشخصية والكفالات المصرفية**، د. ط، الأردن: منشورات معهد الدراسات المصرفية، البنك المركزي الأردني، 1982.

البغى، أبي محمد الحسين بن مسعود: **التهذيب في فقه الإمام الشافعي**، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، بيروت:دار الكتب العلمية، 1997.

البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس: **كشاف القناع عن متن الإقناع**، الجزء الثالث، دار الفكر. 1982.

تناغو، سمير عبد السيد: **التأمينات الشخصية**، د.ط، الإسكندرية: توزيع منشأة المعارف، 1996.

حيدر، علي: **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، المجلد الأول، الطبعة الأولى، بيروت، دار الجيل، 1991.

الخليل, ابن اسحاق: **مختصر الخليل**, ج6, مصر.

ذهني بيك، عبد السلام: **في التأمينات**، د. ط، مصر: مطبعة الاعتماد، 1926.

الزحيلي، وهبه: **العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني**، الطبعة الأولى، دمشق: دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، 1987.

زكي، محمود جمال الدين: **دروس في التأمينات الشخصية والعينية**، د. ط، 1974.

زهران، همام محمد محمود: **التأمينات العينية والشخصية**، 2002.

زيدان، عبد الكريم: **الكفالة والحوالة في الفقه المقارن**، د. ط، مكتبة القدس.

سامي، فوزي محمد: **شرح القانون التجاري الأردني**، الجزء الأول، الطبعة الأولى، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1993.

سامي، فوزي محمد، **شرح القانون التجاري**، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، عمان، مكتبة دار النشر الثقافة لنشر والتوزيع، 1994.

السالوس، احمد علي: **الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة**، الطبعة الأولى، الكويت: دار الاعتصام للنشر والتوزيع، 1987.

السرحان، عدنان إبراهيم: **شرح القانون المدني" العقود المسماة" في المقاولة، الكفالة**، الطبعة الأولى، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1966.

السرخسي، شمس الدين: **المبسوط**، الجزء التاسع عشر والجزء العشرون، الطبعة الثالثة، بيروت: دار المعرفة للطباعة والنشر.

سطرجي، محمود وآخرون: **الحاوي الكبير**، الجزء الثامن، د.ط، بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1994.

سعد، نبيل إبراهيم: **التأمينات العينية والشخصية**، الإسكندرية.: منشأة المعارف.

سعد، نبيل إبراهيم: **النظرية العامة للالتزامات-مصادر الالتزام**-القاهرة: دار الجامعة.

السنهوري، عبد الرزاق: **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**، دراسة مقارنة في الفقه الغربي، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 1998.

السنهوري، عبد الرزاق: **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 1998.

السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني**، الجزء العاشر.

السيواسي، كمال الدين محمد بن عبد الواحد: **شرح فتح القدير على الهداية**، الجزء السابع، الطبعة الأولى، مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، 1970.

الشربيني، محمد الخطيب: **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، الجزء الثاني، بيروت، دار الفكر.

الشهاوي، قدري عبد الفتاح: **أحكام عقد الكفالة- التضامن- التضامم في التشـريع المصـري المقارن.**

الصاوي، احمد بن محمد: **بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**، الجزء الثـاني، الطبعة الأخيرة، مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، 1972.

طلبة، أنور: **الوسيط في القانون المدني**، الجزء الرابع، د.ط، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 1998.

عبد السلام، سعيد سعد: **الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية**،1997.

عرفة, محمد, **حاشية الدسوقي والشرح الكبير**, ج3, مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه.

العكيلي، عزيز عبد الأمير: **الأوراق التجارية في القانون التجاري الأردني واتفاقيـات جنيـف الموحدة**، عمان: دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، 1993.

الفار، عبد القادر: **أحكام الالتزام**، الطبعة الخامسة، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشـر والتوزيـع، 1999.

الفار، عبد القادر: **مصادر الالتزام**، بدون طبعة، عمان: مكتبة دار الثقافـة للنشـر والتوزيـع، 1996.

الفاقي، محمد السيد: **مبادئ القانون التجاري**، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

الفضل منذر: **النظرية العامة للالتزامات-مصادر الالتزام**، الجزء الأول، د.ط، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1996.

فوده، عبد الحكيم: **الموسوعة الماسية في المواد المدنية والجنائيـة**، الجـزء الثالـث، د.ط، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 1998.

الفتاوى الهندية, ج3, القاهرة.

القليوبي، سميحة:**الموجز في القانون التجاري**، القاهرة: مطبعة جامعة لقاهرة والكتاب الجامعي، 1978.

الكاساني الحنفي، علاء الدين أبو بكر بن مسعود: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، الجزء الخامس والجزء السادس، الطبعة الثانية، بيروت: دار الكتب العلمية، 1986.

اللبناني، رستم باز: **شرح المجلة**، بيروت، دار العلم للجميع، 1992.

المارودي, ابي الحسن, **الحاوي الكبير**, ج8, دار الفكر،1994.

مرسي، محمد الكامل:"**العقود المسماة** "**الكفالة، الوكالة، السمسرة، الصلح، التحكيم، الوديعة، الحراسة**"، الجزء الأول، الطبعة الثاني، مصر: المطبعة العالمية، 1952.

مرقس، سليمان: **موجز أصول الالتزامات**، د. ط، القاهرة: مطبعة لجنة البيان العربي، 1961.

مرقس، سليمان: **عقد الكفالة**، مصر: دار النصر للجامعات المصرية، 1959.

مرقس، سليمان: **الوافي في شرح القانون المدني، في العقود المسماة**، المجلد الثالث، الطبعة الثالثة، مصر: دار الكتب القانونية، بيروت: مكتبة صادر، 1998.

مطر، محمد يحيى: **مسائل الإثبات في القضايا المدنية والتجارية**، بيروت، دار الجامعية 1989.

موسى، أبو ملوح وخليل احمد قتادة: **مشروع القانون المدني الفلسطيني ومذكراته الإيضاحية ديوان الفتوى والتشريع في فلسطين**، 2003.

الهيجاوي، شرف الدين أبو النجا موسى بن احمد:**الروض المربع بشرح زاد المستنقع-مختصر المقنع في فقه إمام السنة احمد بن حنبل الشيباني**.

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية –**الموسوعة الفقهية** –الجزء الرابع والثلاثون، الطبعة الأولى، الكويت: مطابع دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، 1995.

يحيى، عبد الودود:**عقد الكفالة**، مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى بـــابي الحلبـــي وأولاده، 1961.

2. المراجع باللغة الإنجليزية

A very Wiener Katz**: An Economic Analysis of the Guaranty Contract.** مقال تم الحصول عليه من الموقع الالكتروني htt://www.**jstor**.com

Columbia law Review. April, 1934.No 4. مقال تـــم الحصـــول عليـــه مـــن الموقـــع الالكتروني htt://www.**jstor**.com

G.H.Trelitel: **The law of Contract**.Ninth edition. London.1995.

Malcolm, Clarke: **The law of Insurance Contracts**. London –Hong kong.1997.

E-Allan Farnsworth and William F. young: **Contracts Cases and Materials.** Third edition.

ثالثاً: قرارات المحاكم

عبد التواب، معوض: **المستحدث في القضاء التجاري-أحكام النقص في إحدى وعشرين عامـــا 1974–1995**، الطبعة الثانية، الإسكندرية، توزيع منشاة المعارف،1970.

العمروسي، أنور: **التضامن والتضامم والكفالة في القانون المدني**، الطبعة الأولى، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 1999.

عواد، نصري إبراهيم: **مجموعة المبادىء القانونية الصادرة عـن محكمـــة الاســـتئناف فـــي الدعاوي الحقوقية لعام 1985**، القدس: مطبعة المعارف، 1986.

CD خاص بقرارات أحكام المحاكم العربية العليا متوفر لدى مكتبة معهد الحقوق بجامعة بيرزيت.

CDخاص بقرارات المحاكم الفلسطينية صادر عن نقابة المحامين الفلسطينيين لسنة 2006.

قرارات محاكم الإستئناف والنقض الفلسطينية التي تم الحصول عليها من محكمة الإستئناف الفلسطينية.

رابعاً: الدراسات والأبحاث

البيه، محسن: **التضامن والتضامم في قضاء محكمة الاستئناف العليا الكويتية [دائرة التمييز] مقارنا بالقضائين الفرنسي والمصري**، الجزء الثاني، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، المجلد الثالث عشر –جامعة الكويت: العدد الرابع.1989

شناني، موسى هاشم: **اشتراط الكتابة لإثبات عقود (الكفالة، الصلح، التحكيم)** المحامون، مجلة تصدرها نقابة المحاميين في الجمهورية السورية بإشراف النقيب الأستاذ احمد عبد، السنة 64، العدد 1–2.كانون الثاني، شباط، 1999.

القيسي، محمد علي محمود: **الكفالة في المنظورين الشخصي والمصرفي**، رسالة ماجستير منشورة، الجامعة الأردنية، الأردن، 2000.

مجلة العدالة والقانون –المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء(مساواة)2005- العدد الثالث، رام الله، ص65.

مصطفى، محمود احمد مروح: **الكفالة –أنواعها وطرق الإبراء منها**– رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، الأردن، 2003.

خامساً: المواقع الالكترونية

htt://www.**qanoun**.com

htt://www.**jstor**.com

الملاحق

الملحق (1)
نموذج صيغة إقرار كفالة مطلقة

عقد كفالة

أقر أنا ومهنتي وجنسيتي

حامل هوية رقم.................

والمقيم..........................

بموجب هذا وبعد الإطلاع على العقد المؤرخ

بين السيد / دائن

وبين السيد / مدين

في مبلغ يستحق السداد بتاريخ / / بموجب عقد قرض مع فوائدة بواقع % سنوياً، ابتداءاً من / / أقر بأنني كفلت المدين في سداد كامل الدين المذكور وملحقاته في ميعاد الاستحقاق.

وقد تحرر هذا إقراراً مني بما ذكر.

الكفيل

الملحق (2)
نموذج صيغة إقرار كفالة محددة (مؤقتة)

عقد الكفالة

أقر أنا ومهنتي وجنسيتي

حامل هوية رقم.................

والمقيم.........................

بموجب هذا وبعد الإطلاع على العقد المؤرخ

بين السيد / دائن

وبين السيد / مدين

في مبلغ............ دينار يستحق السداد بتاريخ 1 /2006/10 مع فوائدة بواقـــع % ســـنوياً، ابتدءاُ من 1/6/ 2006م أقر بأنني كفلت المدين في سداد الدين المـــذكور ابتـــدءاً مـــن تـــاريخ 2006/6/1 ولغاية 2006/9/1.

وقد تحرر هذا إقرارا مني بما ذكر.

الكفيل

الملحق (3)

نموذج صيغة إقرار كفالة مدين بشرط التجريد (شرط ملائم)

عقد الكفالة

أقر أنا ومهنتي وجنسيتي

حامل هوية رقم.................

والمقيم.........................

بموجب هذا وبعد الإطلاع على العقد المؤرخ

بين السيد / دائن

وبين السيد / مدين

في مبلغ يستحق السداد بتاريخ / / مع فوائدة بواقع % سنوياً، ابتدءاُ من / / أقر بأنني كفلت المدين في سداد الدين المذكور وملحقاته في ميعاد الاستحقاق إذا لم يقم المدين بالوفـــاء، أو قيام الدائن بالتنفيذ على أموال المدين على نفقتي وإرشادي.

وقد تحرر هذا إقراراُ مني بما ذكر.

الكفيل

الملحق (4)

نموذج صيغة دعوى شخصية (الكفيل ضد المدين)

لدى محكمة صلح....... الموقرة

دعوى حقوق رقم

المدعى /

المدعى عليه /

موضوع الدعوى / المطالبة بمبلغ......

لائحة وأسباب الدعوى

1- المدعى كان قد كفل المدعى عليه (بناء على طلب الأخير ذلك) بموجب عقد الإيجار... الموقع بين المؤجر والمستأجر المدعى عليه........ يكفل بموجبه المدعي المدعى عليه بدفع الأجرة.

2- رفض المدعي عليه دفع الأجرة المستحقة للمؤجر، حيث قام المدعي بدفع الأجرة المستحقة للمؤجر بموجب وصل بتاريخ / /.

3- طالب المدعي المدعى عليه بدفع المبلغ المدعى به عدة مرات ألا انه رفض الدفع دون وجه حق أو مسوغ قانوني.

4- لمحكمتكم الموقرة صلاحية النظر في هذه الدعوى نظراً لقيمة الدعوى والفصل بها وإقامة أطرافها ولموضوعها.

5- يلتمس المدعي:

أ- تبليغ المدعي عليه نسخه عن لائحة الدعوى ومرفقاتها ودعوته للمحاكمة.

ب-بعد المحاكمة وثبوت الحكم بالمبلغ المدعى به والبالغ() تضمين المدعي عليه الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة والفوائد القانونية من تاريخ دفع المبلغ وحتى السداد التام.

وكيل المدعي

An-Najah National University
Faculty of Graduate Studies

The Contract of Surety ship and Consequences of Applying it: Comparative Study of Almagalaa and Egyptian Civil Law

By
Su'ad Tawfiq Suleiman Abu-Mashayekh

Supervised by
Dr. Ghassan Khalid

Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Master of Special Law, Faculty of Graduate Studies, at An-Najah National University, Nablus, Palestine.
2006

The Contract of Surety ship and Consequences of Applying it:
Comparative Study of Almagalaa and
Egyptian Civil Law
By
Su'ad Tawfiq Suleiman Abu-Mashayekh
Supervised by
Dr. Ghassan Khalid

Abstract

This study examined the consequences resulting from the application of the contract of surety ship. It's a comparative study of Almagalaa and the Egyptian Civil Law.

The researcher began with a definition of suretyship, its characteristics and parties according to Islamic fiq and Almagalaa , on one hand, and the Egyptian Civil Law on the other hand.

Chapter one was devoted to types of suretyship interms of source of liability. This suretyship is one of agreement which the judicial and legal lawbook was content with. The chapter also dwelt on the practical importance of differentiating between the three types. It was found that suretyship falls into civil and commercial, in terms of nature, and there is a practical significance in differentiating between the two types given the difference between civil and commercial works in general. In this chapter, suretyship was distinguished from similar legal systems. It was found that the position of consequential bailsman is what distinguishes it from other legal provisions.

In chapter two, the researcher examined the pillars of the contract given the fact that the suretyship is a contract itself.

1. Satisfaction. In this pillar, there are two opinions. One opinion conditions the bailsman's agreement only for the suretyship to take effect. The other opinion conditions the consent of the bailsman and the creditor's

acceptance. The researcher gave greater weight to the opinion that conditions the consent of the bailsman only for the suretyship to hold if it's a donation. Accordingly, the bailsman shall have the qualification of donor. However, if the suretyshp is in return for something, it's conditioned on the competence of discretion, pertaining to the bailsman and the creditor but it's not conditioned on a certain competence, pertaining to the creditor, for the suretyship to take effect.

The chapter also investigated the necessity for the bailsman's will to be free from shortcomings/ drawbacks of satisfaction: coercion, error, deception and exploitation. The researcher examined the proof of suretyship contract, its interpretation according to Almagalaa and the Egyptian Civil Law. The section was entitled "Satisfaction".

2. Venue. The researcher studied the presence of the original liability or the possibility of its presence. The liability has to be true and legitimate. It has to be specified in order for the venue of suretyship contract liability valid because the bailsman's liability is void, existence and otherwise.

3. Reason. The reason for the suretyship contract, between the bailsman and the creditor, might be one of compensation or donation. There is no relevance to the reason for the relationship of the bailsman with the creditor unless its illegitimate. In this case, the bailsman may hold on, in front of the creditor, the revocation of the suretyship of contract given the void of the reason for liability between the bailsman and the creditor.

Chapter three was devoted to the study of the consequences resulting from the application of the suretyship contract. In this chapter, the researcher tackled the creditor's right. That is, the right to ask the bailsman and execution on the

bailsman's assets unless agreed upon otherwise, or if the bailsman's assets unless agreed upon otherwise, or if the bailsman fails to pay upon the creditor's request first in accordance with what the law stipulates for him.

In contrast, the bailsman's rights are the rebuttals according to the original liability in terms of void and expiry and exceptions stipulated as a provision. That is, the payment upon the request of the borrower by the bailsman. This right is stipulated in the Egyptian Civil Law. In Almagalaa, the bailsman may not do so unless agreed upon in the contract or in a subsequent contract that stipulates that the bailsman may not ask the borrower. The payment ruling of the request applies to the rebuttal ruling on execution. Concerning the payment by division, it was found that there was no difference between Almagalaa and the Egyptian Civil Law. The other exceptions, loss of deposits, due to creditor's error, exception due to the creditor's taking of execution procedures against the borrower after the bailsman's warning of him and the exception of the creditor's failure to apply in the borrower's bankruptcy. This was stipulated in the Egyptian Civil Law only. The researcher, however, okayed that on the basic of general legal rules in Almagalaa which give the bailsman the right to hold on to such exceptions.

The study concluded with the consequences of the bailsman's execution of his commitment to the suretyship contract in terms of the extent of his right of recourse to other personal bailsmen and recourse of real bailsman or owner of estate upon the bailsman's faithfulness. The study ended with the results of the study, conclusions and recommendations.